



UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS  
Laureate International Universities

FACULTAD DE DERECHO

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD APLICADO AL DELITO DE TENENCIA Y  
POSESIÓN DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos  
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República.

Profesora Guía

Dr. Merck Benavides Benalcázar

Autora

Gloria Alejandra Vallejo Lara

Año

2014

### **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos para el adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

-----  
Merck Benavides Benalcázar  
Doctor en Jurisprudencia  
C.C. 0400554606

### **DECLARATORIA DE AUTORIA DEL ESTUDIANTE**

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los de derechos de autor vigentes.”

-----  
Gloria Alejandra Vallejo Lara  
C.C. 1002790366

## **AGRADECIMIENTOS**

Quiero agradecer a Dios por todas las bendiciones que me ha dado y por ser mi guía en este camino, a mi familia, a mi padre Rafael con mucho amor, a mis hermanas, Andrea, Paty y Frances a Pato y a mis amigos Julia, Carla y Richard por todo su apoyo. A mi director de tesis, el doctor Merck Benavides por el tiempo brindado y sus sabios consejos

## **DEDICATORIA**

A mi madre, Patricia Lara Reyes quien con su ejemplo, lucha y apoyo incondicional me enseñó a continuar sin importar las adversidades, a Alejandro Pérez Arellano quien a lo largo de estos años ha sido pilar fundamental para el desarrollo de mis proyectos y sueños, a Gary. A todos ellos con todo mi amor.

## RESUMEN

En la actualidad existe un amplio debate a nivel mundial sobre el control, tráfico y producción de las drogas, no obstante, con relación a la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas catalogadas como un delito de peligro abstracto por amenazar a un bien jurídico tutelado por el Estado, se recomienda que su criminalización sea remplazada por un enfoque de salud pública.

Algunas propuestas de descriminalización toman en cuenta el principio de proporcionalidad, ya que busca un equilibrio entre estos delitos y sus penas, a fin de humanizar y evitar la lesión a otros derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad está compuesto por tres subprincipios, en primero el subprincipio de idoneidad, esto es, la intervención por parte del Estado de forma adecuada para determinar que el fin que persigue es constitucionalmente legítimo. El segundo, el subprincipio de necesidad, que analiza que no existan otras medidas que puedan remplazar a la pena que se va a aplicar y para finalizar el subprincipio de proporcionalidad en si mismo que determina si la pena no resulta excesiva para el individuo.

En el Ecuador la norma constitucional prohíbe la criminalización del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas por considerar que se trata de un problema de salud pública, no obstante, la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas se contrapone a la Norma Suprema, y, en su artículo 62 establece sanciones para el que tiene o posee drogas, sin que exista una clara diferenciación entre la tenencia para consumo o comercialización.

En definitiva, constituye un verdadero desafío la solución de las anomías (lagunas legales) y antinomias (contradicciones) en torno a la tenencia de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, con el fin de dotar de mayor

coherencia al ordenamiento jurídico; y, a su vez un reto que se espera se solvete con la vigencia del nuevo Código Orgánico Integral Penal y demás normas jurídicas conexas.

## ABSTRACT

Currently, there is an extensive debate concerning the control, traffic and production of drugs; although, in relation to the possession of narcotics and psychotropic substances considered as a felony of abstract danger since it threatens a legally protected good under the control of the state, it is recommended to replace its criminalization with a public health approach.

Many of the decriminalization proposals take into consideration the principle of proportionality, which seeks an equilibrium between the criminal offence and the judicial decision; and therefore gives a more human approach and prevents the infringement of other fundamental rights.

The principle of proportionality is composed by three sub-principles. The first is suitability, which refers to the appropriate intervention of the state to guarantee that the intended purpose is legitimate. The second is necessity, which evaluates if there are not other measures that could replace the sentence to be applied. Third, is proportionality which determines if the judicial decision is excessive for the individual or not.

In Ecuador, the constitutional regulation prohibits the criminalization of narcotics and psychotropics consumption, because it considers a public health problem; however, according the Law for Narcotics and Psychotropics in confrontation with the Constitution, which in its article 62 establishes sanctions for those under possession of drugs, without a clear differentiation between possession for consumption and possession for distribution.

As it results, it is a big challenge to norm the solution of these anomalies (legal loopholes) and antinomies (contradictions) around the possession of narcotics and psychotropics; in order to ensure greater consistency of the legal system; and turn a challenge that is expected to be solved with the new Organic Criminal Code and other related legal regulations, this problem would be solved.



# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>1. Capítulo I. El principio de proporcionalidad en la normativa interna</b> .....	2
1.1 ¿Qué son los principios? .....	2
1.1.1 Diferencia entre reglas y principios .....	2
1.1.2 La proporcionalidad como principio en sentido amplio y la prohibición de exceso .....	9
1.2 Definición de principio de proporcionalidad .....	11
1.2.1 Subprincipios .....	12
1.2.1.1 El subprincipio de adecuación o idoneidad.....	12
1.2.1.2 Subprincipio de necesidad .....	13
1.2.1.3 Proporcionalidad en sentido estricto.....	14
1.3 Alcance constitucional del principio de proporcionalidad.....	16
1.4 Principio de proporcionalidad y control constitucional de las penas.....	18
<b>2. Capítulo II: Delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en el Derecho Penal</b> .....	21
2.1 Naturaleza del delito de tenencia o posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas .....	22
2.1.1 Elementos del delito de tenencia y posesión.....	26
2.1.1.1 Elementos objetivos: .....	27
2.1.1.1.1 Acto –acción .....	27
2.1.1.1.2 Tipicidad .....	30
2.1.1.1.3 Antijuridicidad .....	33
2.1.1.2 Elementos subjetivos .....	35
2.1.1.3 Dolo .....	35
2.1.1.4 Culpa .....	38
2.1.1.5 Análisis del verbo rector .....	40

2.1.1.6 Bien jurídico protegido.....	40
2.1.1.7 Las adiciones como un problema de salud pública .....	44
2.1.1.8 Difusión y enfoques de los programas de información, prevención y erradicación del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas .....	.47
2.1.1.9 Adicción, tratamientos médicos y rehabilitación .....	49
2.1.1.10 Tipicidad del delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.....	55
<b>3. Capítulo III. Aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción en el delito de tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.....</b>	<b>63</b>
3.1 La idoneidad de la tipificación de tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. ....	64
3.2 La necesidad de la tipificación de tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas .....	67
3.2.1 Atenuantes.....	72
3.2.2 Agravantes.....	74
3.3 Cantidad tipo y calidad de las drogas .....	75
3.4 Principio de proporcionalidad en sentido estricto .....	77
3.5 La aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de la pena en el delito de tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.....	81
3.6 Propuesta alternativa.....	83
<b>4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>87</b>
4.1 Conclusiones .....	87
4.2 Recomendaciones .....	89
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>91</b>

## INTRODUCCIÓN

La lucha contra la guerra de las drogas ha involucrado muchos sacrificios para los Estados quienes hoy en día están buscando otros métodos para combatir este mal que cada día crece y que de manera arbitraria a afectado a los consumidores quienes han sido criminalizados por tener pequeñas sustancias y ser confundidos como comerciantes.

La normativa interna, ha considerado que la persona que tiene o posee estas sustancias lo hace con el objetivo de comercializarlas más no para consumirlas, es por esto, que la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas constituyen un delito de peligro abstracto, por atentar en contra de un bien jurídico tutelado por el Estado como es la salud pública, que se encuentra garantizado en la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 364 dentro del cual se prohíbe criminalizar el consumo de dichas sustancias.

El presente trabajo investigativo tiene como finalidad analizar al principio de proporcionalidad aplicado a la pena en el delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Por lo tanto, el objetivo principal de la investigación es recordarles a los operadores de justicia sobre la gran herramienta que representa el principio de proporcionalidad, ya que encuentra el justo equilibrio entre la pena que se va a dictaminar a un procesado en relación con el delito cometido, su falta de aplicación puede causar penas severas y desproporcionadas para el delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Otro de los puntos a tratar es que actualmente los consumidores son vistos como enfermos y la única alternativa que se les brinda es tratamientos en centros de rehabilitación, ya que el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas ha sido catalogado como un problema de salud pública.

## 1. Capítulo I. El principio de proporcionalidad en la normativa interna

En este capítulo se explicará, primero, el significado del término principio, diferenciándolo de lo que es una regla, para luego describir a la proporcionalidad como un principio constitucional.

### 1.1 ¿Qué son los principios?

Para entender el alcance y el significado del término principio, lo más adecuado consiste en esclarecer la diferencia entre este y las reglas.

#### 1.1.1 Diferencia entre reglas y principios

En términos generales, no todas las normas jurídicas que integran un determinado ordenamiento jurídico son iguales, sino que estas pueden presentar diferencias en cuanto a su tipo, forma de aplicación y el modo de resolver antinomias entre ellas. Según la perspectiva de análisis, las normas pueden clasificarse de distinta manera.

Para el *normativismo jurídico*, todo el Derecho se reducía a un conjunto de normas válidas, coherentes y jerarquizadas, que no distingue entre reglas y principios; para el normativismo las normas jurídicas se limitan a un conjunto de reglas positivas válidas en las que no resulta necesario cuestionar su contenido.

Sin embargo, dentro del normativismo hay varias posiciones, como la de Kelsen y la de Hart.

Hans Kelsen (1983) basa su tesis formalista y *iuspositivista* tradicional, señalando que la norma jurídica como juicio hipotético es una orden general que prescribe una sanción y distingue entre normas primarias y secundarias: “Las secundarias estipulan la conducta que el orden jurídico trata de provocar

bajo la amenaza de la sanción, en tanto que las primarias son las que determinan esa sanción” (p.71).

Sin embargo, esta visión fue superada por la corriente positivista moderna planteada por Herbert Hart (1980) quien define que el ordenamiento jurídico no puede reducirse a un conjunto de normas primarias que describen un orden coercitivo en el sentido kelnesiano, sino que un sistema jurídico evolucionado cuenta con dos tipos fundamentales de reglas.

Hart, sostiene que “una regla impone obligaciones cuando la exigencia general a favor de la conformidad es insistente y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande” por lo que divide a las reglas as primarias y secundarias.

Las reglas primarias imponen deberes.

Las reglas secundarias las divide en tres grupos:

1. Reglas de reconocimiento, que tienen como finalidad conocer cuáles son las reglas que forman parte del ordenamiento jurídico;
2. Reglas de cambio, que permiten la realización de cambios en las reglas primarias dependiendo de las diferentes condiciones que se puedan presentar en los casos ya determinados; y,
3. Reglas de adjudicación, que son las que dictaminan quiénes tienen competencia para establecer si se ha violentado o no una regla, en definitiva, estas reglas secundarias confieren potestades (pp. 101 - 107).

Este criterio, no obstante, fue superado con la aparición del Estado constitucional de derecho, en el cual la Constitución se convierte en norma jurídica suprema de aplicación directa, al tiempo que constituye fuente del resto del ordenamiento jurídico que los jueces y los demás operadores jurídicos deben tomarla como regla de decisión (Zagrebelsky, 1995, p.21).

Así, la corriente constitucionalista *iuspositivista* –donde se ubica Luigi Ferrajoli-o también denominada “neoconstitucionalismo débil” por Alfonso García Figuerola en Miguel Carbonell (2010), insta una crítica al interior del ámbito jurídico normativo, y propugna que el Derecho no irrespete los derechos constitucionalmente positivizados (principio de estricta legalidad). (pp. 254 - 255).

En el Ecuador, nuestra Constitución de la República de 2008, en el artículo 425, distingue entre las normas de rango constitucional, tratados y convenios internacionales, leyes orgánicas, leyes ordinarias, normas regionales y ordenanzas distritales, decretos y reglamentos, ordenanzas, acuerdos y resoluciones, y demás actos y decisiones de los poderes públicos, estableciendo una jerarquía normativa entre ellas.

Sin embargo, junto a estas clasificaciones de las normas existen otras posiciones doctrinales que no aparecen reflejadas ni en la Constitución ni en otros textos normativos, sino que se vinculan con nociones *ius naturalistas* de justicia que miran al Derecho como portador de valores y garante de principios superiores que rebasan el ámbito objetivo de las normas e incluso terminan por vincular al Derecho con la moral.

Dentro de estas posturas aparecen las distinciones entre reglas y principios, que han dado lugar a profundas discusiones y críticas al interior del Derecho.

Así, Ronald Dworkin en Ruiz (s/f), construye su teoría como un ataque al positivismo jurídico y, en especial a Hart, a quien atribuye concebir el derecho como un sistema normativo compuesto únicamente por reglas que tienen su propio “pedigree” sin tomar en cuenta otro tipo de valoraciones de tipo moral que tienen relación con los principios y la tesis de la discreción judicial. (p. 9).

Dworkin en Bernal (2007) establece dos criterios de distinción entre reglas y principios. Con relación al primero, dice que las *reglas* “son aplicables por

completo o no son aplicables en absoluto para la solución de un caso determinado” (pp. 576 - 578).

En otras palabras, este autor manifiesta que las reglas son aplicables a la manera de un todo o nada, esto es, si los hechos que estipulan una norma están dados entonces o bien la norma es válida y su respuesta debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.

Sin embargo, este autor aclara que los principios no establecen consecuencias jurídicas que se sigan de manera automática cuando se satisfacen las condiciones previstas ya que no ostentan la estructura condicional característica de las reglas, que se compone de un supuesto de hecho y de una sanción” (p.577).

La segunda diferencia que Dworkin en Bernal, establece entre reglas y principios tiene que ver con la dimensión del peso, “los principios tienen una dimensión de la que carecen las reglas jurídicas: la dimensión de peso específico o importancia” que determinaran la decisión que debe tomar el juez siempre considerando el resguardo del bien jurídico protegido, en cambio, las reglas no tienen esta dimensión, lo que obliga al juez a invalidar una de las dos reglas basándose en el criterio de “superioridad, posterioridad y especialización”. (p.578), por lo tanto, si existe un conflicto entre reglas estas deben solucionarse bajo estos tres criterios, no se trata de desechar a una por otra sino más bien de recurrir a criterios externos.

En definitiva, Dworkin es uno de los principales exponentes de la “tesis fuerte de la separación”, según la cual la diferencia entre reglas y principios es cualitativa o sustancial, esto es, por su estructura, por lo que pertenecen a categorías distintas que las distinguen entre ellas.

Alexy (2012), por su parte critica esta postura al señalar que no es posible tener el conocimiento previo de todas las particularidades o hechos que pueda presentar un caso en concreto, ya que en cualquier momento pueden “aparecer

nuevas excepciones” y enfatiza además que si esta posibilidad fuera real y se pudiera conocer de antemano todas esas excepciones serían aplicables también para los principios, causando una simple diferenciación gradual entre reglas y principios, por lo que concluye sosteniendo que “toda norma es o bien una regla o un principio” (p. 68 y 82).

Por lo tanto, si bien es cierto no se puede saber cuáles son todas las circunstancias que contiene un tipo penal, el objetivo de la Ley es delimitar estos campos de acción representándolos a través de reglas o principios para garantizar a los ciudadanos no solo la protección de un bien jurídico determinado, sino también de sus derechos y responsabilidades.

Para Alexy (2003), un punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y reales existentes” convirtiéndolos en “mandatos de optimización, que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diversos grados” (p. 94).

Por lo que Ávila, (2008) concluye que “su finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad” (p. 40).

En otras palabras, los principios son normas que abarcan de manera generalizada posibilidades jurídicas convirtiendo como señala el autor en mandatos de optimización, que no solo alteran el sistema jurídico, sino también que pueden adaptarse a diferentes casos.

En cambio, las reglas serían “mandatos definitivos”, esto es, normas que solo pueden ser cumplidas o no: si una regla es válida, entonces debe hacerse de manera puntual lo que ella exige. (Ruiz, s/f, p. 14).

Alexy en Atienza (2005) analiza “la obligación de optimización corresponde al principio de proporcionalidad que se expresa en esta ley de ponderación:



Cuando más alto sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro” (p. 175), encontrando así, según Bernal (2007) una solución para la colisión de principios y estableciendo que cuando esto existe “uno de los principios tiene que ceder ante otro”, esto no significa que se va a invalidar a unos de los principios, sino más bien que le va a otorgar un peso específico para el caso en concreto, “bajo otras circunstancias la relación de precedencia podría ser a la inversa” (p. 581).

Lo que significa, que si existe colisión entre principios, se puede aplicar la ponderación, esto es, otorgarle a cada principio un peso específico, valores que no invalidan el uno con el otro, si no que ayudan a analizar cuál es el que se debe aplicar para cuidar y proteger los derechos que estén en juego, evitando lesionarlos.

No obstante, conforme el mismo Alexy el criterio más frecuente propugna la “tesis débil de separación”, esto es, que las reglas y principios no tienen una diferencia cualitativa sino de grado de generalidad. Así, los principios se consideran normas de un grado alto de generalidad y las reglas de bajo grado de generalidad. (Ruiz, s/f, p. 15).

Otros autores como Baquerizo y Leuschner, (2011) reconocen a una regla por la configuración del caso genérico identificando a las personas, acciones, objetos o estados de las cosas que para este caso en concreto se configuraría de forma cerrada; ellos dividen a las reglas en dos grupos importantes.

Las primeras se denominan reglas por acción, que tienen por objeto identificar la acción en sí misma, que acarrea como consecuencia el mandato, la prohibición o permisión, aplicando las reglas en este punto dentro de un todo.

El segundo grupo son las reglas de fin, que se producen por la consecuencia del estado de las cosas, el objetivo aquí será verificar todos los hechos fácticos para llegar al fin que aclare la aplicabilidad de este tipo de reglas. (pp. 60 - 74).

Al respecto Zagrebelsky, (1997) señala que “las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas” mientras que los principios “nos proporcionan criterios para tomar posición ante una situación concreta pero que a priori aparecen indeterminadas)” (p.110).

Podemos decir entonces, que las reglas pueden identificarse por la acción, que serían las actuaciones de las personas que traen como consecuencia, obligaciones, prohibiciones que al ser violentadas tienen como consecuencia una sanción, y las reglas de fin que analizan cual es el objetivo que se persigue para determinar cómo se va aplicar esta pena.

Según Bernal (2007) lo que caracteriza a las reglas principalmente es que determinan una acción, éstas son hipotéticas y serán aplicada a los casos concretos, y de forma que la misma regla lo especifique, ya que “Las reglas permiten reconocer con inmediatez y precisión que comportamientos están ordenados, prohibidos y permitidos” (p. 583).

Sin embargo, tanto los principios y las reglas tienen en común que “son normas jurídicas que regulan la conducta humana y que se utilizan para construir y fundamentar las decisiones jurisprudenciales”. (Dworkin en Pulido, 2007, p. 576).

En resumen y después de lo analizado por todos los autores se concluye que: las reglas carecen de una dimensión de peso, es decir, al momento de ser aplicadas por parte del legislador, se las debe considerar como mandatos definitivos y emplearlas por lo tanto, dentro de un todo o nada, ya que las

mismas regulan de manera puntual casos específicos y si existe colisión entre las mismas se debe recurrir a los criterios de superioridad, posterioridad o especialización.

Mientras que los principios además de tener un carácter generalizado, nos exigen verificar cuales son todas las circunstancias que rodean al caso en específico para poder aplicarlo de forma clara y concreta, estos tienen una dimensión de peso que obliga al legislador a aplicarlos tomando en cuenta siempre el resguardo del bien jurídico que se busca proteger por eso se los ha denominado como mandatos de optimización.

### **1.1.2 La proporcionalidad como principio en sentido amplio y la prohibición de exceso**

Una vez determinado lo que constituyen los principios, en general, es importante caracterizar a la proporcionalidad en sentido amplio.

En una primera aproximación, de manera general, el principio de proporcionalidad se correspondería con lo que Alexy en Martínez, (2010), denomina la ley de ponderación: “Cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. (p. 162).

Entendido en su sentido amplio, el principio de proporcionalidad es reconocido por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales como el que “impone los límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte derechos fundamentales”. Trata de evitar que el coste que representa la limitación de un derecho sea superior al beneficio que supone para otro bien jurídico (Mir, 2010, pp. 73 - 87).

Esta es la base que ayudara a determinar la importancia del principio de proporcionalidad, ya que al buscar el equilibrio exacto entre la pena y el delito,

se evita que otros derechos sean vulnerados o lesionados a causa del poder punitivo, dicho en otras palabras, lo que se busca es limitar el accionar del Estado, evitando que se lesionen otros derechos fundamentales.

Para Bernal, (2007) el principio de proporcionalidad es un instrumento metodológico que busca “fundamentar la determinación de los contenidos normativos o de los contenidos vinculantes que se derivan de los enunciados *ius* fundamentales” (p. 531).

En el Derecho Penal, el principio de proporcionalidad se enfoca tanto en la determinación de las conductas que se deben considerar como penalmente relevantes así como en el establecimiento de un criterio para determinar la adecuada relación entre la gravedad del delito y la dureza de la ley penal. (Rojas, s/f., p.99).

Sería, por tanto a criterio de Mir (2010), “un límite constitucional material fundamental, que condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo a su gravedad”, concluye que “La exigencia de proporcionalidad se fundamentará, en la propia vigencia de los derechos fundamentales; y la proporcionalidad no será en este sentido más que un criterio de interpretación de las limitaciones que cada derecho fundamental tolera en aras de la satisfacción de otros derechos fundamentales o bienes jurídicos relevantes” (p. 87).

Por lo tanto el legislador debe aplicar el principio de proporcionalidad de forma clara y concreta, estableciendo un límite entre la gravedad del delito en contraposición con la pena establecida, es decir, el juez debe encontrar el equilibrio justo entre el bien jurídico que se busca proteger y la pena que se va a aplicar por el delito cometido, analizando todos los elementos que rodean a cada caso y evitando así lesionar otros derechos, esto es lo que se conoce como prohibición de exceso.

## 1.2 Definición de principio de proporcionalidad

Para Bernal (2007) “el principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho que, en un sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto”, el mismo que se aplica, cuando se debe concretar y fundamentar una norma” (pp. 138 - 508).

Por su parte, Baquerizo y Leuschner (2011) analizan al principio de proporcionalidad como un instrumento que tiene relación directa con el poder público el cual se encarga de limitar ciertos derechos de los ciudadanos buscando un equilibrio y protegiendo los intereses colectivos sobre los individuales, e incluso se adiciona, que “el objeto del principio de proporcionalidad siempre será examinar si la utilización de un determinado medio (la limitación del ámbito de autodeterminación individual) es proporcional para la consecución de un cierto fin (el bien público al que aquella limitación se ordena)” (pp. 131-133).

Por lo tanto, lo que se busca es proteger los derechos colectivos sobre los individuales cuando lo que se está afectado es un bien jurídico superior, entendiendo que las limitaciones deben ser aplicadas por parte del poder público y que su objetivo es encontrar un equilibrio entre los intereses en peligro.

Asimismo, otros autores señalan que: “A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo de manera que el límite cumpla su función (negar protección constitucional a determinada conducta que se pretende encuadrar en el objeto de un derecho) sin que ese límite constituya un remedo de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo” (Villaverde en Carbonell, 2008, p.182).

Por su parte, Bernal (2007) adiciona que “mediante la aplicación del principio de proporcionalidad se determina el contenido esencial del derecho, y además, descrea de que exista otras maneras para determinarlo”. (p. 567).

En definitiva, luego del análisis de los citados autores se puede concluir que el principio de proporcionalidad es un principio general de derecho que tiene como objetivo principal establecer límites a las actuaciones de los operadores de justicia con el objetivo de evitar lesiones futuras a derechos fundamentales que puedan verse afectados, dicho en otras palabras, el principio de proporcionalidad busca el equilibrio entre la pena que se aplica y la gravedad del delito, siempre protegiendo al bien jurídico.

### **1.2.1 Subprincipios**

A su vez, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional coinciden que el principio de proporcionalidad en sentido amplio se descompone en tres subprincipios: adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales pueden ser trasladados al ámbito del Derecho Penal.

#### **1.2.1.1 El subprincipio de adecuación o idoneidad**

De acuerdo con la definición de Bernal (2003), este subprincipio supone que “toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo”, (p. 6) lo que impone una doble exigencia: “a.- que el fin perseguido con la medida que restrinja o limite el derecho sea constitucionalmente legítimo, y b.- que la medida sea adecuada o idónea para la obtención o consecución de tal fin”. (Zorilla, 2010, p. 163), caso contrario la lesión al derecho o bien constitucional deviene en inútil e injustificada.

En el ámbito penal este subprincipio se orienta a verificar si la medida legislativa que declara a una conducta como penalmente legítima logra

conseguir el fin de protección que pretende, lo que se determina, como dice Gloria Lopera (2010), identificando si existe “algún nexo de causalidad positiva entre la medida adoptada por el legislador y la creación de un estado de cosas en las que la realización del fin legislativo en relación con el estado de cosas existes antes de la intervención” (p. 113).

Es decir que, si la intención del legislador es proteger un cierto bien jurídico mediante la sanción de su vulneración, la tipificación de ese delito debe ser de tal manera que cumpla con la función de garantizar la adecuada protección de bien.

#### **1.2.1.2 Subprincipio de necesidad**

Una vez establecido que el fin perseguido es legítimo y adecuado, el siguiente paso consiste en determinar si el sacrificio del derecho o bien constitucional que tal medida supone es necesario, en el sentido que no exista alguna otra alternativa menos gravosa y con el mismo grado de idoneidad para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo. (Zorilla, 2010, p. 165).

Para Baquerizo y Leuschner (2011) “la exigencia de necesidad implica ensayar prospectos de medidas alternativas que, cumpliendo con el mismo fin o valor perseguido pudieran resultar menos lesivas” (p.137).

Cabe señalar entonces, que el objetivo del subprincipio de necesidad según estos autores es determinar que a pesar de que se han analizado todos los elementos que rodean al caso no encontraron otra alternativa que sea idónea para proteger el fin constitucional, dando como resultado la aplicación de la pena que sea establecida pero que deberá ser proporcional como se ha mencionado al delito.

En el Derecho Penal esta medida implica verificar que “no exista otra alternativa de tipificación que sea igualmente idónea para proteger el bien

jurídico y al mismo tiempo menos lesiva para el derecho fundamental afectado por la prohibición penal” (Lopera, 2010, p. 115).

En palabras de Mir Puig (2010) “el subprincipio de necesidad exige que la intervención penal sea el último recurso: la última *ratio*” (p. 77).

Es decir que si considera como delito cierta conducta, el legislador debe tipificar de tal manera la conducta, que, a la vez, proteja al bien jurídico y cause menor lesión a los derechos de las personas. Por ello, se exige que busquen sanciones alternativas que satisfagan a la víctima y no pongan en situación grave e innecesaria al culpable.

### **1.2.1.3 Proporcionalidad en sentido estricto**

Si la decisión cumple con las exigencia de idoneidad y necesidad, el siguiente paso consiste en analizar su proporcionalidad en sentido estricto, este es, si el grado de satisfacción del derecho o bien constitucional que prevalece compensa la lesión o menoscabo del otro bien o derecho.

En esta fase, podríamos hablar de lo que usualmente se denomina ley de la ponderación como una manifestación de la regla de racionalidad según la cual la decisión es correcta o está justificada si los beneficios obtenidos superan los costes o cargas que ésta conlleva. (Zorilla, 2010, p. 166).

Como señala Lopera (2010) la proporcionalidad “es una ponderación en la que toman parte, por un lado, los principios *iusfundamentales* afectados por la definición de la conducta prohibida y de su correspondiente penal y, por otro, los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa” (p. 116).



Es decir, se trata de determinar si hay una relación adecuada entre la afectación de los principios o bienes jurídicos con la satisfacción que intenta dar la norma penal mediante la tipificación.

Así, Baquerizo y Leuschner (2011) afirman que:

“[...] este requisito consiste en demostrar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora (que protege un bien constitucional o persigue un fin legítimo, de manera idónea y necesaria) y entre los daños o lesiones causados al ejercicio de un derecho o a la satisfacción de otro bien o valor” (p.137).

Lo que se busca con el subprincipio de proporcionalidad en sí mismo al ser comparado por estos autores como ponderación, es determinar cuál de los derechos que se encuentran en colisión tiene más peso y causa menor lesión para el procesado.

En resumen, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto trasladado al ámbito del Derecho Penal según Mir, (2010) requiere de “un juicio de ponderación de la importancia respectiva de la afectación del derecho que implica la intervención penal y de la importancia de los bienes a cuya protección ha de servir aquella intervención” (p. 77).

Por lo tanto se puede colegir según estos autores que debe existir un beneficio para limita un derecho en contraposición a los daños que se pueda causar con esta medida.

Para Houde, Sánchez y Fallas (1997) el tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto se sitúa “dentro del marco más restringido del poder punitivo del Estado, que reclama, por tanto, la limitación de la

gravedad de la sanción en la medida del mal causado, sobre la base de la adecuación de la pena al fin que esta debe cumplir” (p.97).

En otras palabras se señala que si se considera que una conducta es penalmente relevante se debe investigar cuáles son los valores o bienes que se desean proteger y, luego, determinar si la descripción penal de la conducta y su sanción tienen relación con la relevancia de esos valores o bienes.

### **1.3 Alcance constitucional del principio de proporcionalidad**

“Uno de los mayores anhelos dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia es guiar el ejercicio del poder público a través de los órganos establecidos en el ordenamiento jurídico, para así garantizar la vigencia de los derechos fundamentales” (Espinosa, 2010, p. 51).

En este sentido, la proporcionalidad constituye un principio que aporta para este fin, en las distintas esferas de la función pública, ya que tiene como objetivo guiar el poner punitivo garantizando el respeto a los derechos de las personas.

En nuestra historia legislativa ecuatoriana, aunque el principio de proporcionalidad no es nuevo, aparece de manera expresa como concepto constitucional en el artículo 76, numeral 6 de la Constitución de la República (2008) que dice:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.

Por su parte, el artículo 3, numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), señala que:

“Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

[...] 2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”.

Por último, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988) en su artículo 3, numeral 4 literal a, especifica que cada una de las partes que estén dentro de este acuerdo “apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso” (p.4) que analizaremos más adelante verificando si esto se cumple o no.

Como puede observarse tanto nuestra Constitución como otras normas jurídicas, incluidos los tratados y convenios internacionales que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, establecen de manera clara y precisa que la proporcionalidad busca un equilibrio entre las sanciones penales que se establecen y la protección del bien jurídico que puede verse afectado sin lesionar los derechos del procesado, es decir, la pena que se aplique debe ser proporcional al delito.

#### **1.4 Principio de proporcionalidad y control constitucional de las penas**

Tanto nuestra normativa interna (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional) como la doctrina, en general, establecen ciertos criterios tradicionales y clásicos de solución de antinomias entre normas mediante la aplicación de la ley jerárquicamente superior, competencial, especial o posterior, los que suponen la introducción de excepciones o la declaratoria de invalidez de al menos una de las normas en juego.

No obstante, si estos criterios resultan insuficientes y se precisa de un mecanismo más específico y complejo para la resolución de un conflicto entre principios en circunstancias concretas, es necesario recurrir al principio de proporcionalidad.

Este principio como lo hemos analizado contiene tres subprincipios importantes que deben ser analizados como la idoneidad que es el fin que persigue la limitación a un derecho para proteger a otro, la necesidad en donde se verifica si no existen otras medidas que puedan remplazar a la limitación de un derecho y el principio de proporcionalidad en si mismo que según Carbonell, (2011) analiza “los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa”. Estos elementos se deben considerar por parte del legislador cuando existe una “colisión entre principios constitucionales que suministran

razones a favor y en contra de una determinada intervención legislativa” (pp. 158 - 159).

En el campo del Derecho Penal, el principio de proporcionalidad busca “aquella regla de conducta que obliga a los jueces penales a mantener un balance equitativo entre el *ius punendi* estatal y los derechos de las personas” (Houde, Sánchez y Fallas, 1997, p.96).

Se puede colegir que, el principio de proporcionalidad debe ser la primera opción para los jueces al momento de juzgar ya que los conduce a mantener un equilibrio entre el delito y la pena que debe aplicarse evitando lesionar derechos fundamentales.

En la práctica revisar todos los subprincipio que forman el principio de proporcionalidad es la única salida para llegar a este fin de equidad.

Para Carbonell, (2011) una vez que se ha verificado la colisión entre los principios afectados por la “desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza”, continúa acotando que: “La colisión se establece cuando se examina la legitimidad constitucional del fin perseguido con la intervención penal” en concreto se debe identificar cuál es bien jurídico protegido y si la “protección penal de tales bienes no está prohibido por la constitución” ( pp. 111 – 160).

Para Baquerizo y Leuschner (2011): “El test de proporcionalidad es, sin duda, la mejor herramienta que tienen los jueces para dilucidar el contexto de justificación de un acto de autoridad pública que afecta derechos constitucionales, superando así aquella anacrónica identificación de la legitimidad con criterios meramente formales (p.137).

Por lo tanto, el principio de proporcionalidad ayuda al juez al momento de aplicar una pena como su mejor herramienta de justificación, ya que al existir una colisión entre principios no es fácil sopesar cuál de ellos se debe proteger sin afectar al otro.

Cabe recalcar que, el objetivo del principio de proporcionalidad es proteger al bien jurídico que se ve afectado por el cometimiento de un delito, analizando siempre los subprincipios que lo contienen como la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sí mismo. Solo así se evitara aplicar penas desproporcionadas a los procesados.

## **2. Capítulo II: Delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en el Derecho Penal**

Actualmente existe un fuerte consenso de que el consumo no es un asunto de índole penal, sino social y de salud. El informe 2013 de la Organización de Estados Americanos "OEA" (2013) que analiza el problema de drogas en las Américas afirma que diversos actores coinciden en la necesidad entender "el consumo de drogas como una cuestión de salud pública, de reducir el consumo con campañas de prevención basadas en la evidencia y de alentar la experimentación con modelos de regulación legal de ciertas drogas" (p. 5).

En este sentido, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2014) aclara que "el respeto a los derechos humanos requiere la construcción de un sistema de justicia penal justo y eficaz, capaz de controlar la delincuencia dentro de los límites planteados por el Estado de Derecho" (p.1).

Con estos elementos, se podría señalar que nuestro actual Estado constitucional de derechos y justicia nos invita a una reformulación del sistema de justicia penal relativo al consumo de drogas con un enfoque progresista de respeto a los derechos fundamentales de las personas.

Por lo tanto, la política criminal debe guiar sus fundamentos en base a la Constitución de la República y de tal manera reformular sus cánones tradicionales de tratamiento de las adicciones, con una perspectiva de salud pública, que se oriente hacia el tratamiento y rehabilitación de los consumidores, a efecto de tutelar adecuadamente sus derechos y garantías, y evitar la acción del estado desde un ámbito penal, en aplicación al derecho fragmentario y de mínima intervención penal (véase Paladines, 2013 y 2014).

En este capítulo se analizará la naturaleza jurídica del delito de tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, los elementos del tipo

tenencia, el bien jurídico protegido, la lesividad, para concluir con una evaluación crítica respecto del verdadero potencial limitador del poder estatal en el tratamiento de este tema, destacando el distanciamiento existente en el ordenamiento jurídico, los principios y estándares constitucionales e internacionales.

## **2.1 Naturaleza del delito de tenencia o posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas**

De manera general, nuestro Código Penal causalista, define al delito como todo acto humano, antijurídico y típico sancionado con una pena, esto es, cuando confluyen todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal.

Sin embargo, existen situaciones peligrosas en las cuales la punibilidad se extiende a hechos dolosos aún no consumados, pero que constituyen verdaderos actos preparatorios al acontecimiento punible.

En efecto, en la actualidad, existe una creciente tendencia del derecho penal hacia la penalización de ciertas conductas que buscan proteger al bien jurídico que se cree puede estar afectado colocándolo como un delito de peligro abstracto.

Es necesario comenzar por establecer lo que constituye un delito de peligro y como lo señala Maurach en Donna (2008):

“los delitos de peligro juegan un rol secundario en el sistema de bienes jurídicos y que la lesión de determinados bienes jurídicos individuales (vida, integridad corporal, bienes materiales valiosos), sin embargo, no es suficiente para agotar el contenido de desvalor, por cuanto la gravedad de estos delitos no radica en la lesión a bienes jurídicos particulares, si no en la puesta en peligro de otros de igual valor” (p.356).



Podemos decir entonces que los delitos de peligro suponen en nuestro derecho penal un adelantamiento de la ilegitimidad de la conducta, por ponerse en peligro determinados bienes jurídicos, al momento previo a la lesión.

En esta misma línea, Donna (2008), distingue entre los delitos de peligro concreto y abstracto. (p.357).

Para nuestros fines, nos centraremos en el análisis de los delitos de peligro abstracto, por ser pertinente con el tema de la presente investigación, para luego enfocarnos en la materia de tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Para Luzón Peña en Donna (2008) “los delitos de peligro abstracto se consuman sin necesidad de lesión, con el simple peligro – inseguridad y probabilidad de lesión – del bien jurídico, suponiendo por tanto una adelantamiento de las barreras de protección a una fase anterior a la lesión” (p.357).

En resumen, los delitos de peligro abstracto imponen barreras de protección a un bien jurídico antes que se produzca un daño concreto, pues estos delitos se realizan con la simple posibilidad de un peligro, sin que se configure una vulneración a algún derecho penalmente protegido.

Antes de avanzar, se aclara que la presente investigación analizará la configuración del delito de peligro abstracto en la tenencia o posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas con sus respectivos matices.

La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas adoptada en 1988, fue el primer instrumento internacional que recomendó a los Estados partes, la tipificación de

la tenencia de drogas como delito penal en la legislación interna. Así, el artículo 3 del referido instrumento, especifica:

“Art. 3.- Delitos y sanciones.- Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

i) “La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971;

[...]

iii) La posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i);”

Si bien es cierto que el citado instrumento normativo invita a todos los Estados que forman parte de la misma a que lo adopten al interior de su legislación, no obstante, el “núcleo de significación normativa” abarca un número determinado de casos establecidos en la norma externa en los cuales no se contempla a la tenencia o posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas con fines de consumo.

Dicho de otra manera, se podría decir que la tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para el consumo escapa del ámbito de aplicación del precepto tipificado por el Instrumento en mención y se refiere a los supuestos expresos señalados en la norma, dejando un vacío legal en el que no se considera a los consumidores ni se protege sus derechos.

Pero, además, de los tratados internacionales es importante hacer referencia al nuevo Código Orgánico Integral Penal “COIP”<sup>1</sup> que derogará al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal vigentes, y sustituirá, en su parte pertinente, ciertos preceptos normativos sobre drogas como la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas que actualmente es la que rige en el país.

Así, el artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal, considera como conductas penalmente relevantes:

“las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales”.

Podemos decir entonces, que dentro del contexto del derecho penal, existen varios tipos de delitos que clasificándolos por sus consecuencias, sus conductas penalmente relevantes, que son las que interesan al *ius punendi* estatal ya que tienen un resultado en concreto o colocan en situación de peligro abstracto al bien jurídico protegido.

Para Paladines y Morales (2009) “Se explica la existencia de delitos de los peligros abstractos, presumiéndose la penalidad de malos comportamientos por potencialmente producir un peligro al resto de la sociedad. Se anticipa el derecho penal para impedir ciertas actividades de las personas, aunque no se verifique la inevitabilidad de poner en riesgo un bien jurídico, pues: los delitos de peligro abstracto consisten en la probabilidad de una concreta puesta en peligro, por lo que deben sancionarse los comportamientos que, mediante la

---

<sup>1</sup>El nuevo Código Orgánico Integral Penal fue publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014 en cuya disposición final establece que: “El Código Orgánico Integral Penal entrará en vigencia en ciento ochenta días contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las disposiciones reformatorias al Código Orgánico de la Función Judicial, que entrarán en vigencia a partir de la publicación de este Código en el Registro Oficial”.

posibilidad de la puesta en peligro concreto del bien jurídico, generen un estado en el que el ciudadano sienta un peligro para el bien” (p.29).

Dicho en otra forma, situar la conducta típica de tenencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas<sup>2</sup>, no conduce a lesionar el bien jurídico protegido con un resultado en concreto, pues el solo hecho de tener no tiene una consecuencia dañosa perceptible en concreto.

Al respecto Díaz (2013) señala: “La posesión de un objeto no representa per se peligro alguno. Dicha posesión resulta peligrosa cuando cabe la posibilidad de que una persona lleve a cabo una acción que pueda conllevar un riesgo por el uso que de ese objeto se hace”, es decir, “a estos delitos se los incluye en los llamados de peligro abstracto, por no poder medir el daño inmediato, por lo cual se juzgaría entonces la mera sospecha de su empleo, en contra de un bien jurídico protegido. Sino en la misma persona en un tercero, siendo importante considerar cual es la finalidad que persigue el autor” (p.11)

Para concluir podemos determinar entonces que el tipo penal de tenencia se sitúa como un delito de peligro abstracto ya que amenaza con lesionar un bien jurídico, cuyo peligro aunque no verificado lo coloca en situación de riesgo que el Estado trata de proteger.

### **2.1.1 Elementos del delito de tenencia y posesión**

Es necesario realizar un breve análisis sobre los elementos objetivos y subjetivos que conforman el delito en la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, para luego profundizar y poder determinar cuál es el bien jurídico que se lesiona y analizar la tipicidad del mismo en el Ecuador.

---

<sup>2</sup>Código Orgánico Integral Penal denomina a las sustancias estupefacientes y psicotrópicas como sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

### **2.1.1.1 Elementos objetivos:**

Dentro de los elementos objetivos tenemos al acto, tipicidad y antijuridicidad que analizaremos brevemente y se establecerá como se encuentran normativizados dentro de nuestro país.

#### **2.1.1.1.1 Acto –acción**

El acto o acción es el primer elemento de la teoría del delito que se a analizará.

Para Cerutti (2005) el acto o acción vulnera un bien jurídico protegido que cuenta con características específicas, las mismas que están definidas en cuatro puntos relevantes, 1. Establece que para que exista un acto o acción, se debe vulnerar a un bien jurídico concreto y no a simples valores abstractos, 2. Hace referencia a que la acción debe estar sujeta a una o varias personas determinada en cuanto a su existencia. 3. Define que las acciones sean reales y no simples ideas producidas por la imaginación, y, 4. Que la acción tenga una relación directa de sumisión y subordinación.

Por lo que acota señalando que “El concepto de acción ha permitido la construcción de los tipos penales llamados de simple actividad, los de peligro abstracto, los de tenencia y los de mera desobediencia” (p.122).

Cabanellas (1968) define como acto jurídico "todo fenómeno o manifestación externa que es productor de efectos, para el Derecho se denomina hecho jurídico; cuando este hecho procede de la voluntad humana, se llama acto jurídico. (p.144), dicho en otras palabras, la acción debe lesionar un bien jurídico que ha sido reconocido por la sociedad. Para que exista esta lesión, la acción no debe ser un simple ideal que permanezca en la imaginación, sino una acción en concreto que se realiza a través de la exteriorización de la conducta.

Se analizará a continuación lo que establece nuestra normativa interna referente al acto:

**Tabla 1: Tipificación en el Código Penal sobre el primer elemento de la teoría del delito. Acto.**

<b>Código Penal</b>	<b>artículo 11</b>	Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la Ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión.
	<b>artículo 13</b>	El que ejecuta voluntariamente un acto punible será responsable de él, e incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o recaiga en distinta persona de aquella a quien se propuso ofender.

Tomado de: Código Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.

El Código Penal establece al acto previsto por la ley como una infracción que exteriorizada es punible ya que conlleva consecuencias que terminan en la sanción determinada para la infracción realizada.

**Tabla 2: Por su parte la norma adjetiva establece que:**

<b>Código de Procedimiento Penal</b>	<b>Artículo 2</b>	Legalidad.- Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la Ley Penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.
		La infracción ha de ser declarada y la pena establecida con anterioridad al acto.
		Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse.
		Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.
		En general, todas las leyes posteriores que se dictaren sobre los efectos de las normas del procedimiento penal o que establezcan cuestiones previas, como requisitos de prejudicialidad, procedibilidad o admisibilidad, deberán ser aplicadas en lo que sean favorables a los infractores.

Tomado de: Código de Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento 360 de 13 de enero de 2000.

El resumen, el Código de Procedimiento Penal establece que todo acto e infracción deben estar previamente tipificados por la Ley Penal en concordancia con el artículo 11 del Código Penal. En el caso de la sanción se aplicará la más favorable al procesado.

Se puede decir, que estos dos cuerpos normativos tipifican la conducta manifestada o exteriorizada que puede afectar a un determinado bien jurídico.

Es importante analizar también lo que establece actualmente el COIP.

**Tabla 3. El Código Orgánico Integral Penal establece que:**

<b>Código Orgánico Integral Penal</b>	<b>artículo 22</b>	Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.
		No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.
	<b>artículo 23</b>	Modalidades de la conducta.- La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión.
		No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.

Tomado de: Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, que entrará en vigencia en 180 días contados a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Se puede colegir entonces que, estos tres cuerpos normativos buscan definir al acto, sea por acción u omisión, con el fin de establecer qué tipo de conductas pueden ser relevantes y lesionar al bien jurídico que se busca tutelar en beneficio de toda la sociedad.

En relación a la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas se analizara más adelante si en realidad se está afectando a un bien jurídico específico, puesto que, al no estar criminalizado el delito de tenencia o posesión queda la duda de establecer si el acto se contrapone a los preceptos normativos de la Constitución, el Código Penal, Código de Procedimiento

Penal y ahora también el COIP que establecen que nadie podrá sufrir una pena que no esté previamente tipificada en estos cuerpos normativos establecida.

#### **2.1.1.1.2 Tipicidad**

La tipicidad es el segundo elemento que forma parte de la teoría del delito, y para Cerutti (2005) la tipicidad “deviene de la presunción concreta de la norma de mandato, dirigida a la preservación de un concreto bien jurídico y a la prevención negativa – en cuanto se quiere evitar- de un hecho determinado” (p.127).

Se puede señalar que para que una norma se encuentre tipificada, es necesario la prevención concreta o que se haya producido el acto como primer elemento de la teoría del delito para establecer cuál es el bien jurídico que se cree o que se lesione producto de esta actuación.

Al respecto Donna (2014) señala que: “El principio *nullum poena sine lege, nulla poene sine crimene y nullum crimen sine poena legali*. El principio de legalidad en materia penal significa que la utilización precisa y cierta de la norma penal, al caso dado, descarta cualquier tipo de interpretación basada en la costumbre, el derecho de los jueces y en la analogía con otras leyes” (p.15).

El principio de legalidad establece para los legisladores la tipificación de todos los delitos en materia penal, ya que la costumbre ni la doctrina representan fuente de derecho.

La Constitución de la República del Ecuador (2008) define al principio de legalidad como:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

[...]



3. “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”

El principio de legalidad se ve arraigado con lo que establece la Constitución al garantizar que nadie podrá ser sancionado por cometer un delito que no se encuentre tipificado previamente en la ley.

El código penal (1971) en su artículo 2 establece que “Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la Ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

Mientras que el Código de Procedimiento Penal en su artículo 2 lo reafirma tipificando que “Legalidad.- Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la Ley Penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

Estos tres cuerpos normativos son garantistas, y, buscan proteger a las personas y determinan que hay actos que no están tipificados y que por lo tanto nadie podrá ser juzgado por el desarrollo de los mismos.

Por su parte el COIP, en su libro preliminar normas rectoras en el título I artículo 1 define la finalidad con la cual fue creado determinando que:

“Este Código tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas”.

Y en concordancia con el artículo 5 y 17 del mismo cuerpo legal señala que:

“Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla”.

[...]

Art. 17. Ámbito material de la ley penal.- Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia.

Como podemos ver en el artículo primero hay disposición expresa sobre el principio de legalidad, que mantiene el concepto de la Constitución, del Código Penal y del Código del procedimiento penal, estos dos últimos que ya están feneciendo, garantizando a las personas su derecho a no ser juzgados por un delito que no se encuentre de forma previa tipificado.

Para finalizar el artículo 25 del COIP detalla que “Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes”.

Las conductas penalmente relevantes, son las que interesan al *ius punendi* estatal porque colocan en situación de peligro abstracto al bien jurídico protegido.

Todos los tipos penales se encuentran tipificados en la normativa y describen conductas, que han afectado o lesionado a un determinado bien

jurídico. El tipo penal referente a las sustancias estupefacientes y psicotrópicas se lo analizará como un tema específico más adelante.

### **2.1.1.1.3 Antijuridicidad**

Una vez detallados los elementos de la acción y la tipicidad es necesario analizar la antijuridicidad que es el tercer elemento y que determina si la acción en particular lesiona un bien jurídico.

Para Jiménez (2010) “La antijuridicidad del hecho implica que el sujeto conozca que el hecho que está realizando es probable y, por tanto, prohibido por la norma penal”, además debe cumplir con dos presupuestos importantes que se determinan como:

- 1) “comprensión de la ilicitud del hecho no en sentido técnico jurídico, si no en la valoración general propia, en la esfera del lego”
  
- 2) “No requiere del conocimiento de la punibilidad ni el conocimiento de la prescripción legal que contiene la prohibición” (p.198).

Por su parte Arrubla (2011) asegura que “para que una conducta sea antijurídica se requiere que, además de ser contraída al derecho, lesione o ponga en peligro el bien jurídico”, y la divide en dos:

1. Antijuridicidad formal se da cuando contradice “el derecho en general, aparece prohibida por el derecho penal (mandada, en el caso de la omisión) y no aparece circunstanciada por una causa de justificación” y, 2. Antijuridicidad Material que es “la conducta que lesiona o pone en peligro el bien jurídico penal” (p.334).

Dicho de otra forma, el sujeto debe ser consciente del que el acto que está realizando es prohibido y que por lo tanto está violentando una norma positivizada que fue creada para proteger un determinado bien jurídico que rodea a la sociedad.

**Tabla 4. Código Orgánico Integral Penal COIP - Título I de la Infracción Penal en General - Sección Segunda – Antijuridicidad**

Código Orgánico Integral Penal	artículo 29	Antijuridicidad	Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.
	artículo 30	Causas de exclusión de la antijuridicidad	No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa.
			Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal.
artículo 31	Exceso en las causas de exclusión de la antijuridicidad	La persona que se exceda de los límites de las causas de exclusión será sancionada con una pena reducida en un tercio de la mínima prevista en el respectivo tipo penal.	
Código Orgánico Integral Penal	artículo 32	Estado de necesidad	Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos:
			Que el derecho protegido esté en real y actual peligro.
			Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar.
			Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.

Tomado de: Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, que entrará en vigencia en 180 días contados a partir de su publicación en el Registro Oficial.

El COIP define que una conducta puede ser antijurídica siempre que amenace o lesione sin justa causa a un bien jurídico tutelado.

Establece también las causas y excesos de exclusión de la antijuridicidad, señalando dentro de las primeras que no hay infracción penal si el acto se realizó por legítima defensa o por un estado de necesidad entendido como la intervención de una persona por defender un derecho que puede ser propio o ajeno y que sin preverlo lesione un determinado bien jurídico.

Y segundo, establece los límites a través de una sanción para el exceso en las causas de exclusión tipificándola con una pena reducida en un tercio de la mínima prevista en el respectivo tipo penal

Más adelante, se realizará un análisis sobre la protección del bien jurídico que puede verse amenazado o lesionado por la tenencia y posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, y, que el Estado ha definido como un problema de salud pública mientras que artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas criminaliza la tenencia.

#### **2.1.1.2 Elementos subjetivos**

Dentro de los elementos subjetivos tenemos al dolo y la culpa que serán descritos a continuación.

#### **2.1.1.3 Dolo**

Para iniciar es importante saber lo que la doctrina establece como dolo.

Para Jiménez (2010) "...Dolo es la representación del resultado que acompaña a la manifestación de la voluntad..."

Y acota señalando que “Existe dolo cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica. El autor ha querido el resultado con conciencia de la criminalidad de su acción” (p.61).

En esta misma línea Donna (2010) define que al “dolo se le exige el conocimiento de los hechos más el conocimiento sobre la antijuridicidad de la conducta”. (p.425).

Es decir, el dolo es la manifestación de la conducta con conocimiento, conciencia y voluntad de realizar un determinado acto que ha sido considerado como ilícito ya que el mismo lesiona un bien jurídico.

Según Cerutti (2005) “el dolo resulta la efectiva realización de la conducta calificada como prohibida o indebida, dirigida en orden a la vulneración del ya indicado bien jurídico” (p.127).

Díez (2007) el dolo no es “una simple relación subjetiva del individuo con su acto sino un elemento más que coadyuvante a expresar la significación social del comportamiento, en línea con su tesis atributiva y no descriptiva de todos los elementos de la tipicidad de ahí que sea ese sentido social el punto de referencia para afirmar o negar la concurrencia del dolo en supuestos dudosos” (p.62).

Se puede concluir que para que exista dolo es necesario, que la conducta calificada como prohibida o indebida sea exteriorizada con conciencia, voluntad afectando un determinado bien jurídico tutelado por el Estado.

**Tabla 5. El Código Penal señala que una infracción es dolosa cuando:**

<b>Código Penal</b>	<b>Artículo 14 Infracción dolosa</b>	Infracción dolosa	es aquella en que hay el designio de causar daño, es:
		Intencional	cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión; y;
		Preterintencional	Cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que aquel que quiso el agente.

Tomado de: Código Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.

El Código Penal establece que una conducta es dolosa cuando existe la intención de hacer daño. Esta conducta dolosa puede ser intencional y preterintencional.

**Tabla 6. El Código Orgánico Integral Penal señala que una infracción es dolosa:**

<b>Código Orgánico Integral Penal</b>	<b>Artículo 26</b>	Dolo	Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño.
			Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena.

Tomado de: Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, que entrará en vigencia en 180 días contados a partir de su publicación en el Registro Oficial.

El Código Penal, al igual que el COIP que es la norma que lo sustituirá, establecen que para que una conducta sea dolosa es necesario que exista la intención o designio de hacer daño, sin embargo, el COIP define a la omisión dolosa como:

**Tabla 7. Código Orgánico Integral Penal señala que una infracción es dolosa**

<b>Código Orgánico Integral Penal</b>	<b>Artículo 28</b>	Omisión dolosa	Describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.
		Posición de garante	Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.

Tomado de: Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, que entrará en vigencia en 180 días contados a partir de su publicación en el Registro Oficial.

El COIP describe la omisión dolosa, que se produce cuando una persona puede evitar que se lesione un bien jurídico en posición de garante y no lo hace. La posición de garante se otorga a las personas que poseen una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad persona.

#### **2.1.1.4 Culpa**

Según la doctrina la culpa es “aquella se funda en la posibilidad concreta de obrar de otro modo, en coherencia de un Derecho penal basado en la concepción del ser humano como persona, como ser responsable” (Díez, (2007), p.23).

Cerutti (2005) “resulta el incumplimiento del mandato de previsión o cuidado respecto de ciertas actividades o conductas, desempeñando desde una posición determinada y calificadas como sujeto del mandato” (p.127).

En otras palabras, es el resultado de la falta de previsión o cuidado respecto de ciertas conductas que la persona debe prever cómo ser responsable.



Para Jiménez (2010) “La culpa es la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad. La culpa es la es la falta de previsión de un resultado típicamente antijurídico, que pudo y debió haberse previsto al obrar (culpa sin previsión); o, en la representación de un resultado típicamente antijurídico, que se confía en evitar, obrando en consecuencia (culpa con previsión)” (p.66).

Por lo tanto, si una persona no prevé un resultado por su falta de cuidado u omisión y lesiona un bien tutelado estaría frente a la denominación de culpa.

**Tabla 8. Definición Código Penal:**

<b>Código Penal</b>	<b>Artículo 14</b>	Culpa	La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de Ley, reglamentos u órdenes.
---------------------	--------------------	-------	--

Tomado de: Código Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.

**Tabla 9. Definición según el COIP:**

<b>Código Orgánico Integral Penal</b>	<b>Artículo 27</b>	Culpa	Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código.
	<b>Artículo 34</b>	Culpabilidad	Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

Tomado de: Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, que entrará en vigencia en 180 días contados a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Tanto el actual Código Penal como el COIP establecen que la culpa se da cuando las personas obvian el deber objetivo de cuidado por negligencia, imprudencia, impericia etc.

El COIP establece que una persona es culpable cuando actúa con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

### **2.1.1.5 Análisis del verbo rector**

El verbo rector en el delito de tenencia o posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas es tener, la doctrina establece que:

“El verbo tener expresa relaciones de determinada clase entre la persona y el objeto” y acota que “el problema con los tipos penales de tenencia es que se castiga la posesión, sin que resulte necesario verificar la intención de un posible mal uso del objeto” (Días, 2013, p.11).

Se puede decir entonces que, tener es un verbo que conlleva a una relación existente entre un sujeto y un objeto, pero el simple hecho de tener no conlleva a ser considerado como una conducta ya sea de acción u omisión.

Tener una sustancia prohibida, configura un peligro de afectación que podría vulnerar un bien jurídico tutelado, y, de dicha presunción de conducta de peligro se marca una estrecha relación entre la conducta penalmente relevante y la posible afectación a la salud pública, que aunque no se verifique daño alguno, se configura como un delito de peligro abstracto.

### **2.1.1.6 Bien jurídico protegido**

Desde la perspectiva del garantismo, los bienes jurídicos se relacionan con los ámbitos de protección fundamental de los derechos establecidos en la Constitución y pueden desempeñar funciones diferentes de expansión y restricción sin que exista una excesiva arbitrariedad estatal.

No obstante, la tendencia funcionalista señala la existencia de tipos penales que no tienen una estrecha relación con los bienes jurídicos tutelados pero que se institucionalizan a través de su adecuación normativa legitimada a través de la asignación de roles permitidos por el Estado a la sociedad.

Sin embargo, para Paladines (2009) la realidad práctica de nuestro actual Código Penal se desentiende del hilo conductor garantista y se inclina por la tendencia *ius positivista* de imputación expansiva de los bienes jurídicos sujetos a protección en una incoherente línea causalista con figuras propias de un derecho penal autoritario en contraposición con el finalismo que busca la verificación del daño para la imputación de responsabilidad, siempre y cuando en la lesión o peligro causado se objetivare la vulneración a un bien jurídico determinable (pp. 22-24).

Así, en el caso de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas el derecho penal se debe preocupar por la punición de la tenencia enfocada al tráfico de drogas, por exceder esta conducta el rol permitido por la sociedad, mas no en el caso de la posesión o tenencia para consumo en la que existe un riesgo permitido que no requiere de una imputación objetiva.

Nuestra actual Constitución de la República recoge en el Título II del Capítulo segundo: Derechos del buen vivir, sección séptima, a la salud como un derecho que garantiza el Estado en todos sus niveles.

Por su parte, el inciso primero del artículo 364 de nuestra Norma Suprema dispone:

“Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales”

Se puede señalar que el artículo 364 despenalizó el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en el año 2008 y catalogo al consumo como un

problema de salud pública, sin embargo, otras normas como la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas lo criminalizaron sin guardar relación con el mandato Constitucional.

Cabe reconsiderar lo que establece el nuevo Código Orgánico Integral Penal que por primera vez reafirma lo establecido en nuestra Norma Suprema y que marcará un cambio histórico no solo en el Ecuador si no a nivel internacional, al incluir a la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas “sustancias catalogadas sujetas a fiscalización” dentro del Capítulo Tercero: Delitos contra los derechos del buen vivir, Sección Primera Delitos contra el derecho a la salud.

En el artículo 220 último inciso se establece que:

“La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible” guardando concordancia con lo que dice la Constitución de la República del Ecuador.

Se puede mencionar que a partir de la vigencia del COIP, existirá una relación directa con lo establecido en la Constitución, evitando así la criminalización de la tenencia para el consumo, dejando aún, el análisis y la revisión de todos los hechos que rodean a la tenencia con fines de comercialización que estarían afectando al bien jurídico protegido por el Estado como es la salud pública.

Por su parte el Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas - CONSEP (2014) en su referente teórico de prevención al referirse al buen vivir señala que este término “supone que los derechos, libertades, oportunidades, capacidades y potencialidades reales de los individuos se amplíen y florezcan de modo que permitan lograr

simultáneamente aquello que la sociedad, los territorios, las diversas identidades colectivas y cada uno valore como objetivo de vida deseable.”

Estableciendo además que “las políticas de drogas y las prácticas de prevención que se buscan implementar tienen su fundamento en el concepto del buen vivir entendido como una apuesta al cambio que se construye continuamente para superar los estrechos márgenes del mercantilismo y el consumismo” (p.1).

En esta misma línea, algunos organismos internacionales en la actualidad continúan con este debate político criminal con el fin de lograr modificar las estrategias para la lucha contra el problema de drogas.

Así, la Comisión Latinoamericana Sobre Droga y Democracia (s/f) señala:

“el problema de la droga debe ser contemplado, sobre todo, como una cuestión de salud pública y menos como una cuestión policial. En cuanto la demanda no sea inhibida en el país, no existe chance de vencer la guerra a las drogas” (p.30).

Sin embargo, en el Ecuador a pesar de los esfuerzos por tratar de incluir a la tenencia o posesión de drogas como un tema de salud pública, cataloga así desde la Constitución de la República del Ecuador vigente, como en la dogmática penal, se ha tornado polémico y en la práctica aun no se afianza de manera concreta, quien estará a cargo de regularizar todo lo concerniente al consumo de estas sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, habrá que esperar que entre en vigencia el COIP, para ver cuáles son los nuevos retos que deberá vencer el Estado.

Sin embargo, la lucha por combatir las drogas, ha amenazado de forma directa la seguridad del Estado, las políticas se centran en la persecución de

tráfico a mínima, mediana, alta y gran escala como lo tipifica ahora en su artículo 220 el COIP.

En definitiva, nuestra realidad latinoamericana tiende a criminalizar, satanizar a las drogas y deja un vacío que no guarda relación con las políticas públicas de salud, lo que provoca un fuerte impacto en la proporcionalidad de estos delitos con relación a las penas.

Con base a lo señalado en el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador es necesario plantearnos las siguientes interrogantes: 1. ¿las adicciones son un problema de salud pública? 2. ¿existen programas de información y prevención para erradicar la tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y cómo se enfocan?; y, 3. ¿Se criminaliza la adicción o se realizan acciones para prevenirla como tratamientos médicos de rehabilitación?

#### **2.1.1.7 Las adicciones como un problema de salud pública**

Si bien el Estado Ecuatoriano busca velar y utilizar todos los medios que sean necesarios para el cumplimiento y protección de los bienes jurídicos tutelados como es el caso de la salud pública, aún existen vacíos que son necesarios definir.

El artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador, no solo prohíbe cualquier forma de criminalización del uso o consumo de droga, sino que también remite el problema de las adicciones al campo de la salud pública, creando para ello tres categorías de uso o consumo internacionalmente reconocidas: ocasionales (uso), habituales (adicciones) y problemáticos (dependencia)".

Para Paladines (2013) esta clasificación que nos proporciona la Constitución de República del Ecuador se puede ejemplificar para una mejor

comprensión comparándolo con el consumo de vino. Así se dice que una persona que: 1. acude de manera especial a una celebración y toma una copa de vino, es un consumidor ocasional; 2. mientras que una persona que toma una copa de vino para digerir mejor el almuerzo es catalogado como un consumidor de uso habitual; y, 3. una persona que, de forma reiterada, toma varias copas de vino, se lo denominaría como un problemático dependiente (p.3).

Podemos ver entonces tres categorías que aparentemente deberían ser consideradas en las normas conexas y que sin embargo contradicen lo que la misma Constitución establece, tal es el caso de de la vigente Ley Orgánica de Salud que en su artículo 51 señala que: “Está prohibido la producción, comercialización, distribución y consumo de estupefacientes y psicotrópicos y otras sustancias adictivas, salvo el uso terapéutico y bajo prescripción médica, que serán controlados por la autoridad sanitaria nacional, de acuerdo con lo establecido en la legislación pertinente”.

Lamentablemente en el Ecuador se ha confundido el concepto de tenencia y se ha criminalizado de forma directa a los consumidores sin realizar una diferenciación como ya lo hemos dicho entre el que tiene para consumir y el que tiene para comercializar.

Díaz (2013) señala que en una entrevista realizada a Zaffaroni sobre la despenalización de drogas afirmo que: “La conducta de consumidor ocasional queda ya excluida del ámbito de merecimiento de la pena, y consiguientemente de la posibilidad de punición, y es que dicha conducta no resulta jurídico – penalmente relevante, no es socialmente dañosa” (p.11).

Cabe preguntarse entonces, porque si la Constitución (2008) no criminaliza el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas por no ser una conducta socialmente dañosa, si las define como un problema de salud pública, acaso se está violentando la integridad física, psíquica de otras personas, o

cual es en realidad el bien jurídico que el Estado protege para conceptualizar al consumo como una enfermedad.

En este sentido, Zambrano (2014) señala que “el drogodependiente debe ser tratado como un enfermo por su adicción como ocurre con el alcohólico y no llevado a la cárcel, debiendo recordar que la única diferencia entre la marihuana, la cocaína y el alcohol, es que las dos primeras son sustancias tóxicas prohibidas, y la última es un tóxico de uso permitido o legalizado”. (p.216 - 217).

Estos autores coinciden en que el consumo no debe estar penalizado y la cárcel no debe ser la opción que se presente para estas personas, lastimosamente al no existir lugares de expendio de estas sustancias es imposible que los consumidores no acudan al mercado negro y se expongan a poseer más de las cantidades permitidas en el Ecuador, siendo confundidos posiblemente como traficantes.

El punto medular es que la sociedad aún no ha podido por su moralidad, ética u otras convicciones, aceptar que al igual que el alcohol, el tabaco, las gaseosas, las hamburguesas o el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, si no son usadas, consumidas, digeridas, de forma responsable, pueden causar un daño irreversible para la salud como sucede con cualquier exceso.

Por lo tanto, el Estado tiene la obligación de mantener un control y brindar protección a los consumidores, dicho en otras palabras, debe existir mayor información de los daños que puede causar el usar sustancias o comer productos que puedan ser lesivos para el organismo.

Para concluir se puede establecer que nuestra propia normativa interna se contrapone y criminaliza a los consumidores de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, sin analizar todas las circunstancias que rodean a cada caso,



estableciendo penas desproporcionadas y violando además uno de los principios Constitucionales que garantiza y reconoce en las personas “El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”. (Constitución de la República del Ecuador (2008), Artículo 66 numeral 5), lo que significa que los consumidores tienen libertad para escoger que es lo que está bien o mal y el Estado tiene la obligación de informar cual es la consecuencia que les traerá el consumo sin la necesidad de darles el calificativo de enfermos, entonces, se protege al bien jurídico específico tutelado como es la salud pública o se discrimina a los consumidores por tener otras tendencias.

#### **2.1.1.8 Difusión y enfoques de los programas de información, prevención y erradicación del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas**

Las campañas de difusión y los enfoques a las mismas se enmarcan en varios cuerpos normativos o dentro de las políticas que mantienen los organismos de control.

A nivel internacional el informe 2013 de la Organización de Estados Americanos OEA que analiza el problema de drogas en las Américas señala que se debe “reducir el consumo con campañas de prevención basadas en la evidencia y de alentar la experimentación con modelos de regulación legal de ciertas drogas” (p.5).

Al igual, nuestra Norma Suprema señala en el artículo 46 que:

“El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

[...]

“Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.”

Y, en concordancia con el artículo 52 que señala:

“Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor”.

Y, el artículo 359 que establece:

“El sistema nacional de salud comprenderá las instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en salud; abarcará todas las dimensiones del derecho a la salud; garantizará la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles; y propiciará la participación ciudadana y el control social”.

Como se puede analizar la Constitución garantiza la prevención a través de diferentes programas de difusión que ayuden a prevenir el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, y a la vez establece que se determinen los mecanismos de control de calidad, los procedimientos de defensa de los consumidores y la información precisa y no engañosa sobre el contenido y las características, que para la presente investigación está relacionada con las sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Por su parte, el CONSEP (2014) dentro de sus estrategias tiene como objeto incluir a la sociedad en programas, proyectos de prevención e integración con el fin de concientizar sobre la problemática que representa a la salud las drogas, entendidas no solo como las drogas prohibidas sino también las permitidas como tabaco y alcohol, acotando además que la propuesta de prevención está basada en “la creación, construcción y continuidad de la formación desde otro punto de vista, elaborado con la ciudadanía, en el que los usos de drogas no se entienden como enfermedad, delito, pecado sino una opción presente en la realidad no desde lo doctrinario o basado en la fe para sustentar los supuestos de cura, porque el indicar un procedimiento y excluirlo de la elección, no da opciones. Este es un punto de vista que deberá guiar los programas de prevención y mostrarnos el fenómeno que será comprendido en una atenta y respetuosa escucha al individuo y a la comunidad” (pp. 7 - 22).

Existen aún algunos puntos importantes que no han sido considerados, esto es, las campañas que se realizan actualmente en el Ecuador están enfocadas en la prevención, sin considerar un punto importante, y, es el hecho de que las personas consumidoras también necesitan de información, no sólo en el ámbito de la prevención porque ellos se encuentran ya inmersos en este medio.

Es por esto que, se deberían crear programas en donde se informe a los consumidores ocasionales, habituales o problemáticos sobre los efectos, la calidad y la forma de uso de estas sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Para concluir, podemos indicar que la misión del Estado es garantizar el orden externo más no tutelar moralmente la conducta.

#### **2.1.1.9 Adicción, tratamientos médicos y rehabilitación**

Es importante el debate que se está abriendo en torno al consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, ya que los Estados se dan cuenta que lucha contra las drogas aplicada actualmente como la criminalización,

persecución o el catalogar a los consumidores como enfermos no ha dado resultado y al contrario, se han desperdiciado muchos recursos que pueden ser aplicados, de otra forma dando resultados más efectivos.

Es así, que los países de la Comunidad Andina (s/f) “han renovado y redoblado su agenda conjunta, mediante el diseño de una nueva Estrategia Andina para la Lucha Antidrogas con acciones concretas y resultados medibles hasta 2019, que comprende la conformación de una red andina de prevención, certificaciones regionales para centros de tratamiento de adicciones, manuales subregionales para el tratamiento de precursores químicos, asistencia judicial recíproca, entre otros. Todo esto en el marco del Derecho Comunitario Andino, con particular énfasis en el respeto a los derechos y a la dignidad humana” (p.1).

Refiriéndonos al sector salud y en este sentido, el Colectivo de Estudios Drogas y Derechos CEDD, señala que:

“Para el sector salud, la existencia de tratamientos obligatorios a los que en algunos países se someten a los usuarios –sean o no consumidores con uso problemático – significa el uso de valiosos recursos que podrían ser usados en campañas de prevención o en el tratamiento basado en evidencia científica. Para los usuarios que requieren tratamientos, el uso de recursos en tratamientos obligatorios a menudo implica perder la posibilidad de acceder a servicios de tratamientos voluntarios ofertados por instituciones del sector público” (p.13).

Para Paladines (2014) “Al descartarse normativamente el uso voluntario o recreativo de drogas sujetas a fiscalización para relegarlo al control medicinal, científico o terapéutico, se desarrolla un solo marco ético y cultural para su prevención, el cual es impulsado a partir de la directriz político-moral de evitar el consumo ilícito a toda costa. A través de este imperativo, no se reconocen

los derechos que también tienen las personas que usan ilícitamente drogas...”  
(p. 4).

Por lo tanto, es el consumidor quien tiene la autodeterminación para elegir qué es lo mejor para él y acudir a un centro de rehabilitación de forma voluntaria, una vez que ha tenido la información indicada por parte del Estado de cuáles son los daños que pueden causar el hábito de consumir sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Así, se puede evitar que los consumidores al acceder a estos servicios, no estén expuestos a centros clandestinos que no son controlados por el Estado y que pueden causar lesiones más severas.

Por otro lado, la Resolución del CONSEP número 28 sobre centros de rehabilitación de consumidores de fármacos establece en el Capítulo V artículo 24, las modalidades de tratamiento:

“Los servicios de tratamiento y rehabilitación de fármacodependientes, deberán cumplir un programa terapéutico básico, tomando en cuenta las modalidades de tratamiento aceptadas por el Consejo Directivo del CONSEP...”

“Las modalidades contempladas en este reglamento son:

- 1) Comunidades terapéuticas, en las que se otorgará:
  - 1.1) Tratamiento ambulatorio; y,
  - 1.2) Programa residencial de internamiento.

Para estos fines se seguirán los siguientes pasos:

- a) Entrevistas de orientación y asesoría;
- b) Entrevistas de motivación al grupo familiar del fármaco dependiente;
- c) Nota: Literal omitido en la secuencia del texto.

- d) Remisión del fármaco dependiente a instituciones especializadas de acuerdo a su perfil sico - diagnóstico; y,
  - e) Valoración del estado mental del sujeto y su relación con la fármaco dependencia o uso indebido de drogas psicoactivas. El tratamiento a dársele será en base a terapias de grupo: de confrontación, de metas, ludoterapia, desensibilización sistemática, aproximaciones sucesivas, de severidad, etc.
- [...]"

Es importante la resolución 28 del CONSEP, por que determina el reglamento de control y funcionamiento de los centros de rehabilitación y de reinserción social de fármacos dependientes y de consumidores indebidos, públicos y privados, lastimosamente, en el presente trabajo investigativo, no se ha podido establecer cuáles son los resultados de aplicabilidad de esta resolución por parte de los centros a nivel público y privado.

Ahora, para definir a una persona en estado de dependencia la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en el artículo 63 señala:

“El estado de dependencia de una persona respecto al uso de sustancias sujetas a fiscalización se establecerá, aún antes de juicio, previo peritaje de los médicos legistas de la Procuraduría General del Estado, quienes tendrán en cuenta la naturaleza y la cantidad de las sustancias que han producido la dependencia, el grado de ella y el nivel de tolerancia que hagan indispensable la dosis poseída, y la historia clínica del afectado, si la hubiere”

A partir del mes de agosto, con la vigencia del COIP, se fijarán las nuevas tablas para la producción o tráfico de mínima, mediana, alta y gran escala regularizadas por el CONSEP.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup>DISPOSICIÓN TRANSITORIA DECIMO QUINTA: La autoridad competente en materia de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, en el plazo de noventa días a partir de la publicación de este Código en el Registro Oficial, emitirá la tabla de cantidades de sustancias

La Constitución como se ha indicado diferencia a los consumidores usuales, habituales o dependientes, es importantes esta clasificación ya que en ningún cuerpo normativo se establece el tratamiento para cada uno de ellos ni se determina los métodos y protocolos que se deban seguir para tratarlos por su dependencia a las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, lo que ocasiona que las consecuencias sean nefastas con estos “tratamientos” que al final no solo lesionan a los derechos fundamentales de las personas, sino que también, frente a la sociedad se crea una estigmatización excluyente.

En esta línea el CONSEP (s/f) señala que “cuando enviamos a los centros de rehabilitación a sujetos por usos de drogas, estamos truncando su vida, le excluimos con un estigma tan grande que su integración social será dificultosa. Lamentablemente no estamos preparando a la sociedad para integrar, la estamos preparando para estigmatizar y para violentar derechos humanos”. (p.17).

Es por esto que a su vez, el CONSEP (2014) en su referente teórico de prevención, habla de la construcción de nuevas prácticas que están enfocadas a respetar e impedir la criminalizar de la persona consumidora, se busca encontrar soluciones que no estén enfocadas solo en la abstinencia como única política del Estado para los consumidores, sino más bien, respetando su derecho a la libertad. (p. 6).

De igual manera, la jurisprudencia sentada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la Causa No. 1031-2013-CT: Resolución 570-2014 señala que:

---

catalogadas sujetas a fiscalización para producción o tráfico de mínima, mediana, alta y gran escala, con el fin de establecer la normativa referente a las cantidades establecidas en la Sección sobre los delitos por producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. En los casos de tenencia para el consumo, hasta que se emita la tabla correspondiente, se aplicará la Resolución No. 001 CONSEP-CD-2013, publicada en el Segundo Suplemento No. 19 de 20 de junio de 2013.

“al encontrarse despenalizado la tenencia para consumo de drogas, en los porcentajes establecidos por el CONSEP, especialmente de cannabis (marihuana), el Estado a través del Ministerio de Salud Pública, deberá reglamentar los sitios de producción y suministro del alcaloide, para las personas enfermas por la adicción y para ello, deben crearse centros agrícolas, debidamente ubicados, tecnificados y resguardados para la siembra de cannabis, a cargo del Estado *a través de los organismos de salud competentes, fijando sitios y controlando el expendio en la dosis apropiada, hasta lograr la desintoxicación del adicto, para evitar de esta forma el aumento de la dependencia a dicha droga,* impidiendo el autocultivo de plantas que por sí mismo se constituyan en sustancias estupefacientes y psicotrópicas” cursivas añadidas (p.44).

La sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia abarca un tema importante que deberá ser tomado por el Estado de forma inmediata ya que actualmente hay una tabla elaborada por el CONSEP que permite a los consumidores tener o poseer sus dosis, sin embargo, aún no se establece el lugar en donde deban adquirir las dosis, cuales son los centros agrícolas autorizados, cual es el resguardo por parte del Estado hacia estas sustancias y varias interrogantes que nacen a partir de los vacíos legales que existen actualmente en nuestro país.

En definitiva, para afrontar el consumo de las drogas es necesario que el Estado controle, proteja y se apersona de las políticas que deben regir tanto en los centros de rehabilitación públicos como privados, dentro de lo establecido por la misma Constitución que enfoca al consumo como un problema de salud pública, ya que las actuaciones punitivas de criminalización que son aplicados actualmente no han logrado su objetivo y se ha tratado a los consumidores como delincuentes, sin analizar a profundidad los elementos fácticos del caso y sin respetar su derecho a la libertad.



Después del desarrollado del artículo 364 de la Norma Suprema y los tres lineamientos contenidos podemos concluir diciendo que:

Respecto al bien jurídico que es la salud pública, el consumidor al tener o poseer sustancias estupefacientes y psicotrópicas para consumo ¿está atentando contra un bien jurídico tutelado o simplemente desarrolla su personalidad?, ¿tiene más beneficios al ser tratado como un enfermo?

Aquí existe una línea muy delgada que aún queda por definirse ya que el consumo grasas saturadas, gaseosas u otras sustancias pueden representar un problema grave a la salud causando enfermedades mortales, al igual que el de alcohol, tabaco que también afectan al organismo, y que perjudicarían al bien jurídico que el Estado busca tutelar como es la salud, sin embargo, el daño sigue siendo para la persona consumidora, que por un tema social, envuelto en la ética y moral no ha encontrado una solución práctica y al contrario se lo ha criminaliza y discrimina como un enfermo.

Las difusiones y enfoques de los programas de información, deberán seguir un nuevo lineamiento de prevención no solo basado en la abstinencia, sino también, en los consumidores ya sean usuales, habituales o dependientes.

El estado debe definir cuáles serán los procesos y el control sobre los tratamientos médicos y rehabilitación que se dará a los consumidores.

#### **2.1.1.10 Tipicidad del delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas**

Para iniciar, se debe recordar que la Constitución de la República del Ecuador en el inciso primero del artículo 364 dispone:

“Las adicciones son un problema de salud pública. [...] En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales”

Sin embargo, la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, sin guardar concordancia con lo que dispone la Constitución establece en el artículo 62 las sanciones para la tenencia y posesión ilícita:

“Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales”.

Según el artículo 62 de este cuerpo normativo, el consumo solo estaría permitido si existe autorización legal o una receta previa para poder consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas y además establece una pena de doce a dieciséis años a las personas que posean o tengan dichas sustancias.

Sin embargo, si se analiza cuáles son las posibilidades de que un consumidor acceda por su “dependencia” a un tipo determinado de estupefacientes o psicotrópicas, es imposible encontrar por parte del Estado un lugar en donde se les pueda proveer de estas sustancias sin tener que ingresar en el mercado negro.

Las autorizaciones para calificación o licencia de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas están dadas por el CONSEP quien a través de su página web dentro del ícono control y fiscalización nos presenta los

requisitos para la calificación y/o licencias que solo estaría permitida bajo las siguientes premisas:

**“CALIFICACION.-** documento mediante el cual una persona natural o jurídica puede legalmente *importar, exportar, producir, almacenar, transportar, prestar servicios, utilizar en procesos industriales o comercializar localmente sustancias sujetas a fiscalización*;

**LICENCIA.-** documento mediante el cual una persona natural o jurídica puede *distribuir medicamentos que contengan sustancias sujetas a fiscalización*.

La calificación y licencia otorgadas a las personas naturales o jurídicas tendrán vigencia hasta el 31 de diciembre de cada año, independientemente de la fecha de su emisión, con la obligación de renovar cada año [cursivas añadidas]”. (Véase calificación y/o licencias CONSEP).

Podemos verificar que a pesar de existir estas licencias y calificaciones no hay un área determinada para tratar la venta o el expendio de drogas a los consumidores.

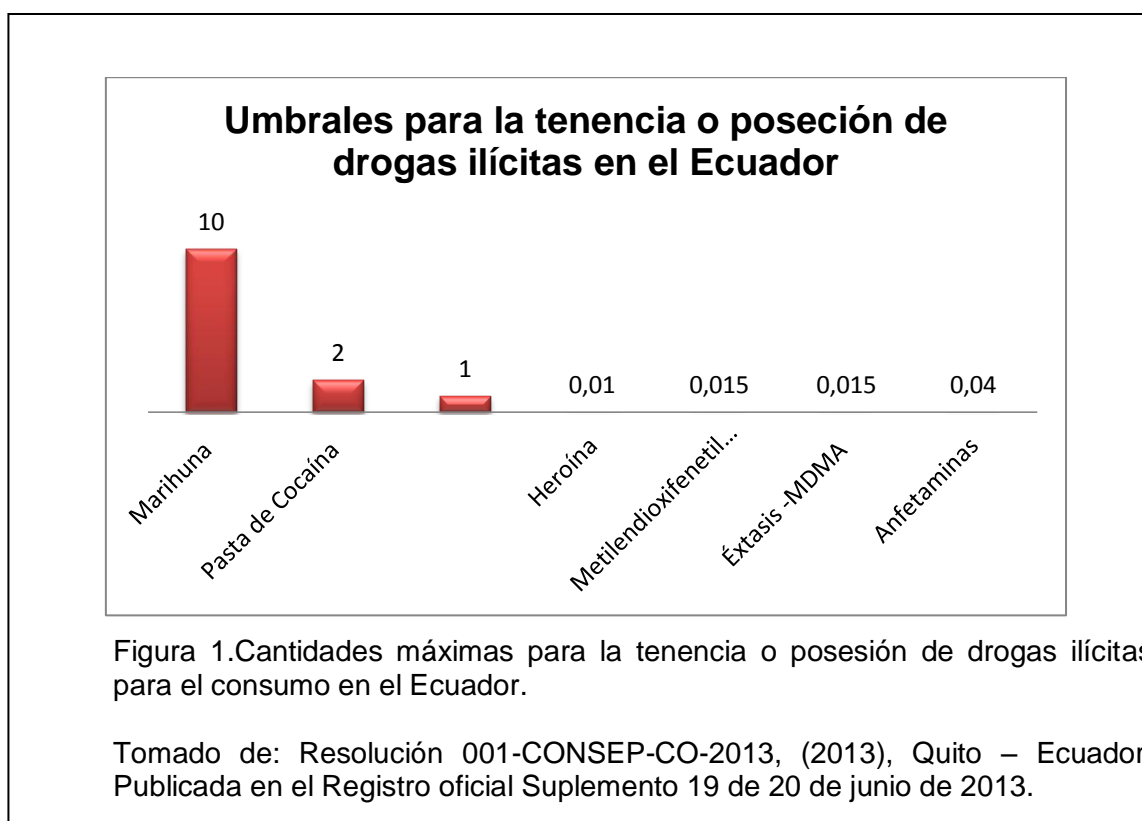
Como se señaló, la Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la Causa No. 1031-2013-CT: Resolución 570-2014 dictamino que:

[...]

“el Estado a través del Ministerio de Salud Pública, deberá reglamentar los sitios de producción y suministro del alcaloide, para las personas enfermas por la adicción y para ello, deben crearse centros agrícolas, debidamente ubicados, tecnificados y resguardados para la siembra de cannabis [...]” (p.44)

Es evidente la problemática que existe en el Ecuador con la criminalización para el consumo en la tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes o psicotrópicos, porque no sólo se ha calificado a los consumidores como enfermos, si no también se les ha negado el derecho de adquirir dichas sustancias en algún lugar en donde se comercialice legalmente sustancias sujetas a fiscalización con la información adecuada.

Sin embargo, el CONSEP con el Ministerio de Salud Pública, preocupados por la situación evidente en el país emitieron la siguiente tabla:



Este es el primer punto de referencia que en concordancia con lo que establece la Constitución despenaliza el consumo de drogas en ciertas cantidades para evitar que los consumidores que sean encontrados con estos gramajes vayan a la cárcel por cantidades pequeñas y evitar así que sean considerados delincuentes.

Es así que la tabla establece que la cantidad máxima que un consumidor puede tener o poseer sin ser considerado traficante oscila desde 0,015 gr hasta 10 gr.

Sin embargo, con la aprobación del COIP se debería cumplir con lo que establece la disposición transitoria décimo quinta al señalar que:

“La autoridad competente en materia de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, en el plazo de noventa días a partir de la publicación de este Código en el Registro Oficial, emitirá la tabla de cantidades de *sustancias catalogadas sujetas a fiscalización para producción o tráfico de mínima, mediana, alta y gran escala*, con el fin de establecer la normativa referente a las cantidades establecidas en la Sección sobre los *delitos por producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización*. *En los casos de tenencia para el consumo, hasta que se emita la tabla correspondiente, se aplicará la Resolución No. 001 CONSEP-CD-2013, publicada en el Segundo Suplemento No. 19 de 20 de junio de 2013*” [cursivas añadidas.

Lastimosamente, la nueva tabla de cantidades de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización debió cumplir el plazo señalado por el COIP que eran los 90 días, y a menos de un mes que entre en vigencia este cuerpo normativo, no existe una fecha exacta en la que se expedirá dicha tabla.

Sin embargo hay una novedad en la tipificación del artículo 220 del COIP que define al tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización determinando cuatro escalas divididas en mínima, mediana, alta y gran escala estableciendo penas que van desde los dos meses hasta los trece años.

Podemos ver un avance representativo en el Ecuador referente al tema de las drogas, que no busca sancionar la tenencia o posesión de sustancias

estupefacientes y psicotrópicas, sino más bien llevar un control y nuevas políticas para el manejo de un problema que la sociedad no puede ocultar más.

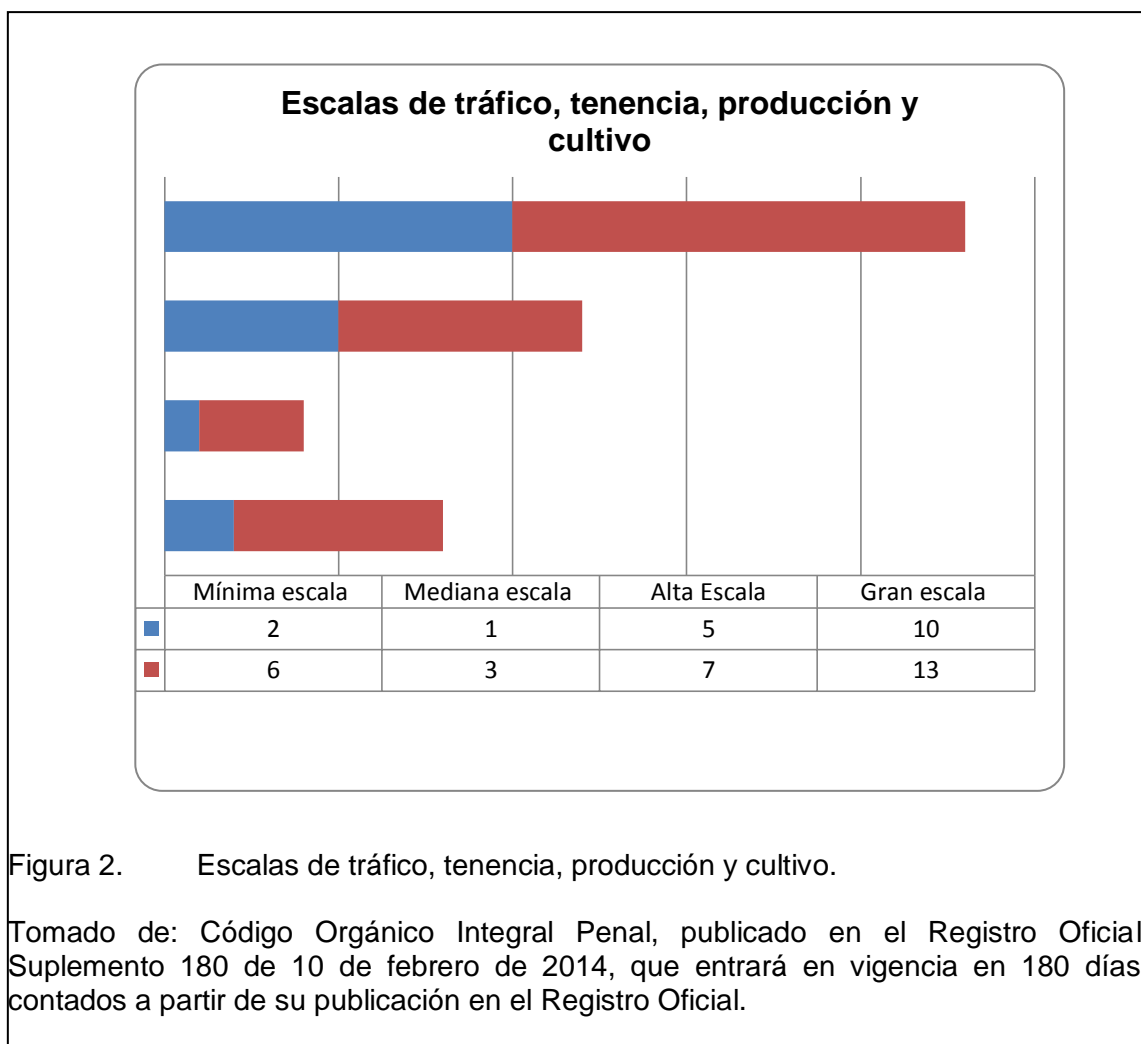


Figura 2. Escalas de tráfico, tenencia, producción y cultivo.

Tomado de: Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, que entrará en vigencia en 180 días contados a partir de su publicación en el Registro Oficial.

La pena máxima para sancionar el tráfico ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas será de 10 a 13 años por determinarse que el delito está establecido dentro de la gran escala, la escala alta comprende una pena de 5 a 7 años, la escala mediana determina una sanción de 1 a 3 años y la escala mínima establecerá sanciones de 2 a 6 meses. Por lo tanto, la regulación del CONSEP, será importante ya que deberá establecer los límites de cada escala y la forma eficaz para que el juez pueda aplicarla.

Además se espera que el COIP entre en vigencia para aplicar lo establecido en el artículo 76 numeral 5 de la Constitución de la República (2008) que señala:

“En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”.

Se deberá realizar un análisis en base a este principio para verificar cuantas personas se beneficiaran con esta nueva ley que estableció penas más bajas y que sin duda alguna ayudará a descongestionar la cárcel ya que existen personas que cumplen condenas desproporcionadas por el delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Para finalizar la Corte Nacional de Justicia en la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito dentro de la Causa No. 1031-2013-CT (2014) determinó que “lamentablemente en la praxis se ha podido evidenciar que a sujetos consumidores de estupefacientes, se les procesa penalmente por el delito de tenencia de sustancias estupefacientes, aún cuando se trata de cantidades pequeñas o exiguas de droga halladas en su poder con prueba de farmaco o drogodependencia; debiéndose esta situación a la falta de acuciosidad, en el accionar de los integrantes de la administración de justicia, y por la escaso desarrollo jurídico, que al respecto refleja nuestra Ley de Sustancias Estupefacientes” (p. 32).

A partir del 10 de agosto del 2014, un cambio histórico marcara después de tantos años una nueva etapa para el derecho penal en el Ecuador ya que acertadamente se ha tipificado las normas que se contraponen a la Constitución en el tema de tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y

psicotrópicas, procurando resguardar el derecho de las personas sin que se lesionen al bien jurídico tutelado que es la salud, pero también, cuidando el libre desarrollo de la personalidad.



### **3. Capítulo III. Aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción en el delito de tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas**

Una vez que hemos analizado todos los elementos y subprincipios que contiene el principio de proporcionalidad, al igual que los elementos que componen el tipo penal de tenencia, es necesario realizar un análisis para saber si existe un justo equilibrio entre el delito y la pena que se aplica.

Se analizará, los tres subprincipios llevados al ámbito penal en la tenencia o posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, para verificar si es *idónea* la intervención que realiza el Estado para conseguir el fin que ha deseado, la *necesidad* para comprobar que en realidad no existen otros medios para llegar a conseguir el fin deseado, y, el *principio de proporcionalidad en sí mismo*, que establece si el derecho que se protege no es más fuerte al daño que puede representar y lesionar otros derechos.

Al respecto, Houde, Sánchez y Fallas (1997) señalan que “solo una pena proporcionada puede responder a las necesidades de la prevención general y de la prevención especial a ultranza, ya que una sanción con fines puramente vindicativos o de prevención especial no se justifica en la ideología de un Estado de Derecho” (p. 96).

En esta misma línea, acota señalando Mir (2010) que hay que hacer referencia “no solo al principio penal de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, si no a un principio más general de rango constitucional que debe limitar toda actuación estatal que afecte a algún derecho fundamental” (p. 68).

### **3.1 La idoneidad de la tipificación de tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.**

La idoneidad es el primer subprincipio que se va a analizar, definiéndolo como la intervención por parte del Estado de forma adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

En el tema que compete a la presente investigación, se puede decir, que el fin del Estado es el de tutelar el bien jurídico protegido como es la salud pública. Esta intervención se ve tipificada en la Constitución (2008) en el artículo 364, en el cual dispone que los problemas de adicción, no deben ser criminalizados, ya que las mismas constituyen un problema de salud pública.

Sin embargo el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas fija las sanciones para la tenencia y posesión ilícita de dichas sustancias, contraponiéndose por completo al mandato Constitucional.

Con estos antecedentes, se puede señalar que el fin del Estado, a través de la Constitución es la protección a los consumidores desde una perspectiva de salud pública de los daños y consecuencias que acarrearán las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, sin embargo, para poder ser consumidor es necesario la tenencia o posesión de dichas sustancias, la cual se encuentra sancionada por la norma especial.

En la parte doctrinaria Mir (2010) aclara que solo “se debe justificar el uso de las penas por su capacidad de proteger a los ciudadanos. Y, puesto que habrá de tratar a todos los ciudadanos titulares de los derechos fundamentales, deberá también tener en cuenta que los delincuentes lo son y que las penas vulneran gravemente a sus derechos. La carga aflictiva de las personas no deberá representar un coste superior al beneficio que con ellas se obtiene en términos de protección. Ni deberá castigar si no es necesario para la protección

de los ciudadanos, ni deberá hacerlo sin tomar en cuenta los derechos de todos, incluidos los que delinquen” (p. 72).

Dicho en otras palabras, la aplicación de una pena solo puede darse con la finalidad de proteger al resto de la sociedad y la sanción que se establezca por violentar un bien jurídico tutelado no puede ser mayor al beneficio que con ella se obtiene.

Se puede decir entonces que, la tenencia para consumo no vulnera a ningún bien jurídico tutelado, el libre desarrollo de la personalidad permite que sean las personas quienes deciden que estilo de vida deben llevar, sin embargo, si esta tenencia o posesión por parte de los consumidores es llevada al ámbito de la comercialización, debe ser sancionada por constituirse como un delito de peligro abstracto. La falta de claridad en las normas conexas ocasiona que no exista proporcionalidad entre el delito de tenencia y posesión y la pena que se aplica, no se han analizado todas las circunstancias que rodean al caso en concreto y muchas personas que por ser consumidoras y tener cantidades mínimas de drogas han sido encarceladas.

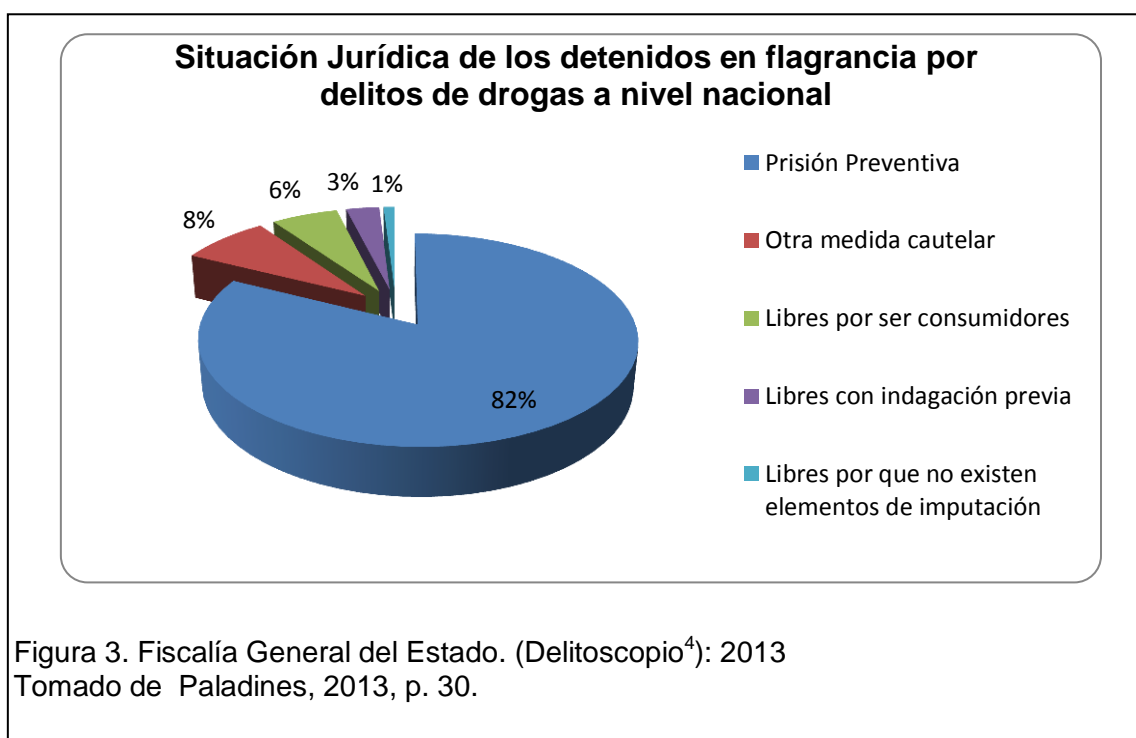
Al respecto, Donna (2008) señala que existe una justificación errada al asegurar que “la tutela al bien jurídico salud pública baja la hipotética afectación que el consumo personal de estupefacientes acarrearía para el resto de la sociedad, la posibilidad de propagación de este considerado mal delictivo consumo de estupefacientes, el peligro potencial que representa el individuo que consume estupefacientes y otros argumentos que se han ido dibujando bajo distintos modos de peligro con relación al resto de los integrantes de la comunidad”. (p. 347).

En este sentido, comparto las palabras de Paladines (2009) al señalar que: “el problema del consumo, tenencia o distribución de las drogas en la dogmática penal dejó ser percibido como una situación que, en el caso extremo, atentó a los bienes jurídicos colectivos. Los bienes jurídicos colectivos

fueron desfigurados por los bienes jurídicos de control bajo la ruta: salud pública -seguridad pública- seguridad del Estado: de ahí que el problema de las drogas se haya articulado y sostenido en las instituciones de seguridad del Estado -ejército y policía-, desplazando las políticas públicas de salud y, por el contrario, endureciendo las penas a través de leyes especiales por fuera del código penal” (p. 39).

Según las investigaciones realizadas por el doctor Jorge Paladines, “solo en lo que va del 2014 se encuentran sentenciadas con condena 5.103 personas bajo la pena del delito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas (art. 62 Ley 108), de un total de 6.467 detenciones frente a los demás delitos de drogas como fabricación, transporte, tráfico entre otros” (Paladines, J. 2014, p. 2)

Cifras realmente alarmantes pero aun se debe determinar: ¿Cuál es la situación de los procesados después de la detención? La Fiscalía General del estado en el año 2013 analizó que:



<sup>4</sup> Estadísticas de delincuencia en el País (Delitoscopio) a cargo de la Fiscalía General del Estado.

Se determina que el 82 % de las personas en el proceso tuvieron prisión preventiva, mientras que al 8% se les otorgo medidas cautelares, solo al 6 % de los detenidos se les liberó por ser consumidores, un 3 % libres con indagación previa y sólo el 1 % libres por que no existen elementos de imputación.

Por lo tanto, no es idóneo el fin del Estado para proteger la salud pública, sin no guardar relación con las normas conexas en el tipo de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, por que provoca lesiones y daños a otros bienes jurídicos.

Es necesario por lo tanto, delimitar la diferencia entre el que tiene para consumir y el que tiene para comercializar para definir así cuál es el fin del Estado para la protección del bien jurídico tutelado - salud pública en ambos casos.

### **3.2 La necesidad de la tipificación de tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas**

Una vez que se ha analizado si el fin que persigue el Estado es idóneo, se debe avanzar a determinar el segundo subprincipio que es la necesidad.

Para Mir (2010) el subprincipio de necesidad es “el que lleva a cabo una comparación entre la medida enjuiciada y otros medios alternativos atendiendo a dos parámetros: su idoneidad para promover el fin legislativo y su menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa” (p. 115).

Para Fuentes (2014) “el principio de necesidad por su parte exigiría que la intervención de la norma produzca el menor daño posible, y que no exista otra medida alternativa que sea igualmente eficaz” (p. 25).

Es decir, el propósito del subprincipio de necesidad es verificar que no existan otras medidas alternativas que puedan remplazar a la sanción establecida por la Ley, estas medidas deben estar delimitadas y tipificadas de forma clara para ayudar a los operadores de justicia a encontrar la mejor solución y evitar que se criminalice al consumidor por sobre el comerciante.

Es así que la intervención del estado para criminalizar un delito solo tiene como finalidad la protección de un bien jurídico que es necesario para la sociedad y su convivencia. Rojas (2014) establece que este principio “obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables a que sean lo suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos y la más adecuada para la protección eficaz de los bienes jurídicos.” (p. 91).

En este sentido y siguiendo a Muñoz (2007) debemos indicar que el derecho penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos importantes como instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad y que las perturbaciones más leves del orden jurídico deben ser objeto de otras ramas del derecho. (p. 108).

En el tema que compete a esta investigación, al no existir una diferenciación entre el que tiene o posee sustancias estupefacientes o psicotrópicas para el consumo o para la comercialización, ha sido aplicada la sanción tipificada en el artículo 62 de la ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en contra, como se ha analizado del mandato constitucional.

Esto ha traído como consecuencia el crecimiento carcelario, comprobando en algunos casos que la pena fue excesiva para el delito cometido. Hay que considerar que los más afectados no son los narcotraficantes por que forman el ápice de la red, sino más bien, los más pobres que se han visto involucrados.

Para Paladines (2009) la tipificación de acciones o hechos que tengan relevancia en lo penal deben ser excepcionales, de manera que la libertad no se vea amenazada de manera permanente (pp. 22 - 24).

En el Ecuador, el delito de tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas es considerado como un delito de peligro abstracto por creer que puede lesionar un bien jurídico protegido, sin considerar, que de la forma que se encuentra tipificado amenazado otros derechos y libertades de manera permanente.

El artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas señala en su parte pertinente la sanciona a toda persona que tenga bajo sus “ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título” sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Las nuevas políticas antidrogas, abrirán un debate para establecer los rangos para consumo que evitarán castigos ceberos para los consumidores, mientras tanto, quien tiene o posee sustancias estupefacientes en su bolsillo, valijas o muebles por que compro para consumir y no demostró el fin que se le iba a dar, es catalogada como delincuente.

El mismo caso se da para las personas que cultivan plantas para su autoconsumo ya que al ser descubiertos pueden recibir una pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.

Al respecto, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas desde el año de 1988 en su artículo 4 literal a) lucha haciendo hincapié para que se “apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso”.

Acotando, que es importante brindar proporcionalidad a todos los casos, es más, esta convención en su artículo 3 numeral 4 literal c, señala que: “en los casos apropiados de infracciones leves, las partes podrán sustituir la declaración de culpabilidad o la condena por la aplicación de otras medidas tales como las de educación, rehabilitación o reinserción social, así como, cuando el delincuente sea un toxicómano, de tratamiento y postratamiento”.

Este Convenio de las Naciones Unidas en este artículo, guarda concordancia con el subprincipio de necesidad, al proponer medidas alternativas, como la educación, rehabilitación, reinserción social para evitar criminalizar a la tenencia y establecer la sanción como última opción dependiendo de los hechos fácticos del caso en concreto.

En el Ecuador la realidad de desproporción de las penas actualmente se puede describir bajo la siguiente tabla.

**Tabla 10. “Tabla 3. Cuadro comparativo entre algunas de las penas de la Ley 108 y el Código penal”.**

DELITO Ley 108	PENA (todas se acumulan hasta 25 años)	DELITO Código Penal	PENA
(Art. 57) Cultivo ilícito	12 a 16 años	(Art. 169) Terrorismo	4 a 8 años
(Art. 58) Fabricación ilícita	12 a 16 años	(Art. 190 agregado) Tráfico ilegal de órganos	3 a 5 años
(Art. 60) Tráfico ilícito	12 a 16 años	(Art. 449) Homicidio	8 a 12 años
(Art. 61) Transporte ilícito	12 a 16 años	(Art. 513) Violación	12 a 16 años
(Art. 62) Tenencia y posesión ilícita	12 a 16 años	(Art. 552.1) Secuestro	3 a 6 años
(Art. 66) Destinación de bienes para depósito o consumo	12 a 16 años	(Art. 190 agregado) Trata de personas	6 a 9 años
(Art. 73) Enriquecimiento ilícito por drogas	12 a 16 años	(Art. 189.1) Plagio - secuestro con liberación de la víctima	6 meses a 2 años

Tomada de: Paladines (2013, p. 184)



Podemos determinar que existen penas que lesionan bienes jurídicos más graves como el tráfico de órganos, el homicidio que tienen una pena más baja, o la violación con una pena de 12 a 16 años. Entonces ¿existe proporción en las penas?

No, pero se espera que con la aprobación del nuevo Código Orgánico Integral Penal esto pueda ser solventado y se equipare de mejor forma el sistema de justicia equilibrando las penas.

En esta línea Rivadeneira (2013) señala que existen “casos de ciudadanos que están penando condenas de 10 a 12 años por cantidades menores, cuando tenemos violadores, criminales que cumplen sentencias menores. Igual va a la cárcel la persona que tiene 10 gramos de sustancias que una a la que se le ha encontrado 50 kilos. Ha habido una desproporcionalidad en estas penas.” (p.7).

De la información proporcionada por el consejo Nacional de la Judicatura, en Unidad de Delitos Flagrantes de Quito desde el mes de octubre del año 2012 hasta el día viernes 2 de mayo de 2014, se estableció que después del delito por robo, el segundo delito más fuerte en el Ecuador es la tenencia, posesión y tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Con todos estos datos, podemos concluir que la aplicación del subprincipio de necesidad en la práctica podría resultar muy eficiente, porque no sólo disminuiría el porcentaje carcelario en tema de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, sino también ayudaría a que las personas que consumen o que a consecuencia de la necesidad comercializaron pequeñas cantidades, tengan la oportunidad de reinsertarse en la sociedad y ser entes productivos.

### 3.2.1 Atenuantes

Los atenuantes son todas las circunstancias que rodean al caso que provocan una disminución en la pena, para la tenencia o posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas son atenuantes:

**Tabla 11. Artículo 85 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópica que consideran como circunstancias atenuantes:**

Atenuantes	Ser menor de 21 años de edad;
	Haber actuado por presiones, amenazas o bajo violencia superables;
	Rusticidad del infractor de tal naturaleza que revele que cometió el ilícito por ignorancia;
	Indigencia; y,
	Las demás contempladas en el Código Penal

Tomado de: Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

El Código Penal en el artículo 29 establece como circunstancias atenuantes:

“todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor”:

**Tabla 12. Artículo 29 Código Penal**

Atenuantes	Ser el culpable mayor de 60 años de edad
	Que el delincuente haya procurado reparar el mal que causó, o impedir las consecuencias perniciosas del acontecimiento.
	Presentarse voluntariamente a la justicia
	Obrar impulsado por motivos de particular valor moral o social

Tomado de: Código Penal.

Dentro de las circunstancias atenuantes se han establecido las más representativas, sin embargo, la Ley de sustancias estupefacientes denomina a los atenuantes trascendentales a:

La colaboración brindada por el procesado que informe a la “Policía Nacional, Ministerio Público o jueces competentes datos e informaciones precisas, verdaderas y comprobables, que condujeran a descubrir presuntos culpables de ilícitos previstos en ella, sancionados con pena igual o mayor que la contemplada para la infracción por la que se le juzga, será reprimido con un tercio a la mitad de la pena modificada por las atenuantes establecidas en el artículo precedente, en caso de haberlas, o de la que le correspondería en ausencia de ellas” Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas Artículo 86.

Según el Nuevo Código Orgánico Integral Penal serán considerados como atenuantes los establecidos en los artículos 44 y 45 de este cuerpo normativo que señalan:

**Tabla 13. Artículo 45 Código Orgánico Integral Penal**

Atenuantes	Actuar la persona infractora por temor intenso o bajo violencia
	Intentar, en forma voluntaria anular o disminuir las consecuencias de la infracción o brindar auxilio y ayuda inmediatos a la víctima por parte de la persona infractora.
	Reparar de forma voluntaria el daño o indemnizar integralmente a la víctima.
	Presentarse en forma voluntaria a las autoridades de justicia
	Colaborar eficazmente con las autoridades en la investigación de la infracción.

Tomado de: Código Orgánico Integral Penal

Se puede colegir que tanto la Ley de Sustancias Estupefacientes como el Código Penal y el Código Orgánico Integral Penal recogen las medidas necesarias para disminuir la pena, basándose en varias circunstancias atenuantes, como la edad del infractor, la colaboración para enmendar el daño causado o información que sea veraz y que lleve a los organismos de control a prevenir un daño mayor al ya establecido.

El artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal establece que “si existen al menos dos circunstancias atenuantes la pena se impondrá el mínimo

previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción”.

En cuanto a los atenuante trascendentales el COIP mantiene el concepto establecido en el Código Penal que establece que la “persona procesada que suministre datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes para la investigación, se le impondrá un tercio de la pena que le corresponda”. Artículo 44 COIP.

### **3.2.2 Agravantes**

Los agravantes son circunstancias específicas que lesionan con agresividad a un bien jurídico determinado, dentro de las más importantes tenemos las establecidas en el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 47 que establece:

- Cometer la infracción por promesa, precio, recompensa, por comisión, con alevosía o fraude, con ensañamiento en contra de la víctima, por participación de dos o más personas.
- Valerse de niños, niñas, adolescentes, adultas o adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad para cometer la infracción.
- Utilizando de forma indebidamente insignias, uniformes, denominaciones o distintivos militares, policiales o religiosos como medio para facilitar la comisión de la infracción, al igual que uniformes o distintivos institucionales para pasar por funcionarios, servidores o trabajadores como medio para cometer la infracción.
- Aprovecharse de las condiciones personales de la víctima que impliquen indefensión o discriminación.

- Cometer la infracción con violencia o usando cualquier sustancia que altere el conocimiento o la voluntad de la víctima.

### 3.3 Cantidad tipo y calidad de las drogas

Al existir contradicciones en el marco normativo que regula la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para el consumo, observamos que existen vacíos que han sido aprovechados por los expendedores de drogas.

No existe ninguna regularización en torno a la calidad, tipos y modo de uso de las drogas, lo que deja la puerta abierta para que sean los amigos, el internet o vendedores inexpertos y del mercado negro que dominen esta práctica que vulnera a la sociedad y a la protección por parte del Estado del bien jurídico tutelado la salud pública para la tenencia y posesión ilícita de drogas.

En la cuarta encuesta nacional sobre uso de drogas en estudiantes de 12 a 17 años (2012) se pudo establecer que:

#### Tabla 14. Uso de drogas en estudiantes de 12 a 17 años.

“Tabla 3: Categorización del uso de drogas ilegales a nivel nacional

con porcentaje de la población representada (%) inhalantes	marihuana	pasta base	Cocaína		Heroína	Éxtasis
Uso experimental	1,19	1,62	0,25	0,53	0,15	0,28
Uso ocasional	0,32	0,87	0,13	0,24	0,12	0,15
Uso regular	0,06	0,13	0,02	0,04	0,01	0,01
Uso frecuente	0,53	0,80	0,19	0,32	0,12	0,14
Posible uso conflictivo	0,08	0,18	0,02	0,07	0,07	0,02

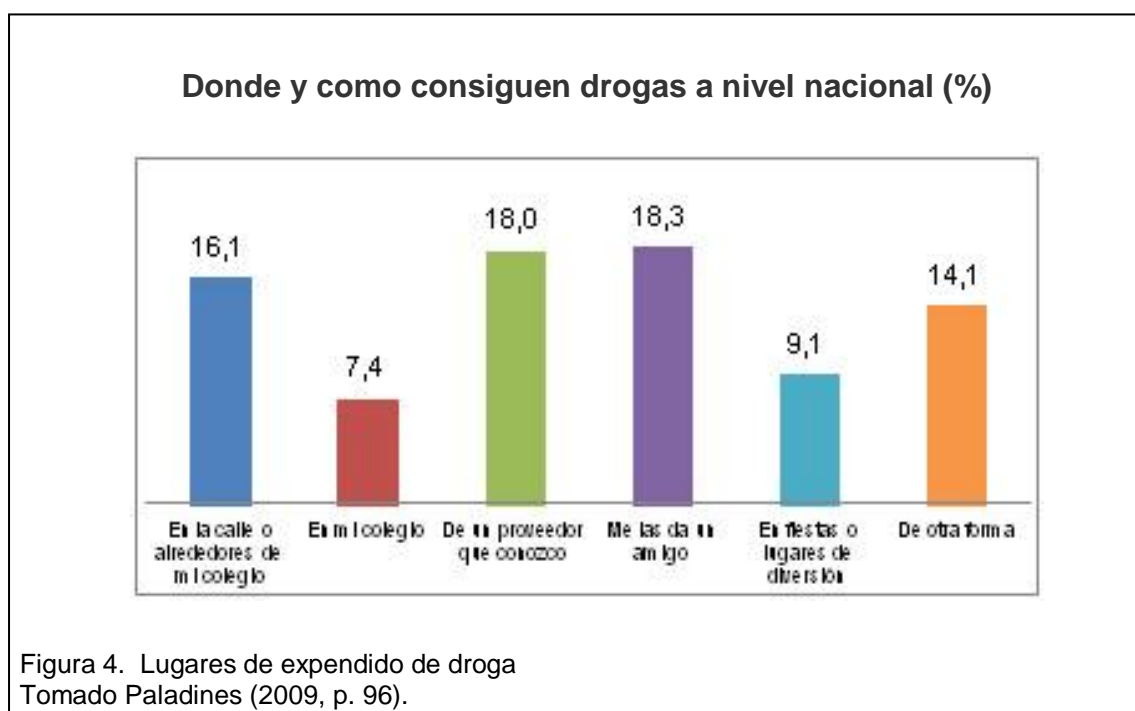
Tomado de: Cuarta Encuesta Nacional sobre uso de drogas en estudiantes de 12 a 17 años (2012).

Estas cifras demuestran que el uso experimental por frecuencia es de una vez al año, el uso esporádico corresponde a los estudiantes que han usado drogas varias veces el transcurso de un año.

El uso regular establecido en un lapso de 2 años, el uso frecuente determinado por consumidores que utilizan drogas a diario en un tiempo de 1 año y para finalizar el uso conflictivo que corresponde a estudiantes que usan drogas a diario pero en un tiempo que sobrepasa los dos años.

Una realidad que debe ser asumida por el Estado ya que al no mantener un control, ni las campañas adecuadas se corre el riesgo que sean los estudiantes los que más adelante se encuentren envueltos en sanciones fuertes por tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Esta prohibición que genera la ilicitud en la tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas nos impide controlar la calidad de lo que se produce, circula y consume. Al verificar que el lugar en donde se puede adquirir la droga es en las calles por medio de vendedores no autorizados, o en el colegio, definitivamente incide altamente sobre la salud.



“¿Qué es lo que en verdad usa nuestra población? Gran parte del daño cerebral que se provoca por un uso problemático de drogas puede ser reducido si la droga que se usa tuviera controles de calidad”. (CONSEP s/f p.20).

El CONSEP acota “La calidad de las drogas es importante porque a mayor impureza son menos seguras y están relacionadas a mayores riesgos. Es así que programas de información sobre lo que la gente usa, formas menos riesgosas de usos, calidad, cantidades pueden reducir los daños asociados a los usos” y establece que, no todos los usos de drogas van a desencadenar en una relación de dependencia con las drogas y además el daño relacionado a los usos dependerá de la calidad de la droga, la cantidad usada, la frecuencia, la forma de administración, y la significación que le de la persona que usa a la droga como objeto (pp. 26 - 27).

Podemos concluir entonces asegurando que la falta de información y las prohibiciones morales, éticas y punitivas pueden ocasionar lesiones irreversibles ante un problema evidente que puede ser controlado con la intervención del Estado, para garantizar mejor información a los resultados que se han evidenciado.

### **3.4 Principio de proporcionalidad en sentido estricto**

El tercer subprincipio es la proporcionalidad en si misma que analiza si la aplicación de las penas no resulta excesiva para el individuo.

Para Rojas (s/f) “El principio de proporcionalidad no impide que puede disminuirse o incluso renunciarse a la pena por razones de prevención especial y, más concretamente, para impedir la desocialización o facilitar la socialización. Debería preverse la posibilidad de que el juez o el tribunal prescindieran de la pena cuando resulte desproporcionada o innecesaria” (p.94).

En esta misma línea, Fuentes (2014) asegura que es necesario “analizar entonces, si, existe una relación entre el “beneficio para el bien común que se obtiene de la limitación y perjuicio que sufre el derecho del afectado”.

Es importante considerar que la pena que se va a aplicar es proporcionada al delito y que una vez que ha pasado los subprincipios de idoneidad y necesidad no existe otra alternativa para sancionar, procurando evitar que no se lesiones otros derechos o que existan daños más fuertes para los procesados.

En este punto, es necesario señalar que en el año 2008 la Asamblea Constituyente de la República del Ecuador emitió una Resolución para el indulto de las personas que transportan pequeñas cantidades de sustancias psicotrópicas y estupefacientes estableciendo que:

**“Artículo 1.-** Indúltese a toda persona que estuviere sentenciada a pena privativa de libertad por los delitos de tráfico ilícito, transporte, tenencia y posesión ilícitas de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, de acuerdo con los siguientes requisitos”:

**Tabla 15. Resolución para el indulto de las personas que transportan pequeñas cantidades de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.**

Haber recibido sentencia condenatoria, al momento de la publicación de la presente Resolución, en cualquiera de los delitos previstos en este artículo 1 y no haber reincidido en ellos;
El peso neto de la sustancia estupefaciente y psicotrópica por la que fue sentenciado, debió ser equivalente 0 menor a 2 kilogramos, de acuerdo con la pericia que conste en el proceso correspondiente; y,
La persona solicitante deberá haber cumplido el 10% de la sentencia impuesta con un mínimo de un año, aunque este requisito se cumpla con posterioridad a la expedición de esta resolución.

Nota: Tomado de Asamblea Constituyente de la República del Ecuador, 2008.



Los resultados del indulto fueron proporcionados por el Presidente Rafael Correa en una sabatina en la que manifestó: "Gracias a ese indulto salieron (de la cárcel) 2. 221 personas, y sólo 19 han reincidido, es decir, menos del 1% de reincidencia, lo cual verifica nuestra postura de que no estábamos hablando de delincuentes" Tomado de diario el Hoy.

Para Paladines (2009) "...Aquello sin duda marcó un hito en la historia de nuestra política criminal, pues reveló el imperativo de repensar su legislación y política debido a la existencia de una realidad insostenible: el encarcelamiento masivo de pequeños traficantes y consumidores y es que más de un tercio de las personas privadas de la libertad provienen de la tramitación de indebidos procesos penales, donde la demonización al derecho a la defensa y la aplicación desproporcionada de penas se constituyen en parte de sustatus quo legal, por ahora vigente para tratar de reducir al menos la incertidumbre de este problema. No obstante, la incertidumbre en la aplicación de los derechos y garantías de las personas procesadas y condenadas por drogas aún pervive, a la vez que su política criminal de "mano dura" ha generado precisamente el efecto contrario" (p.XXII).

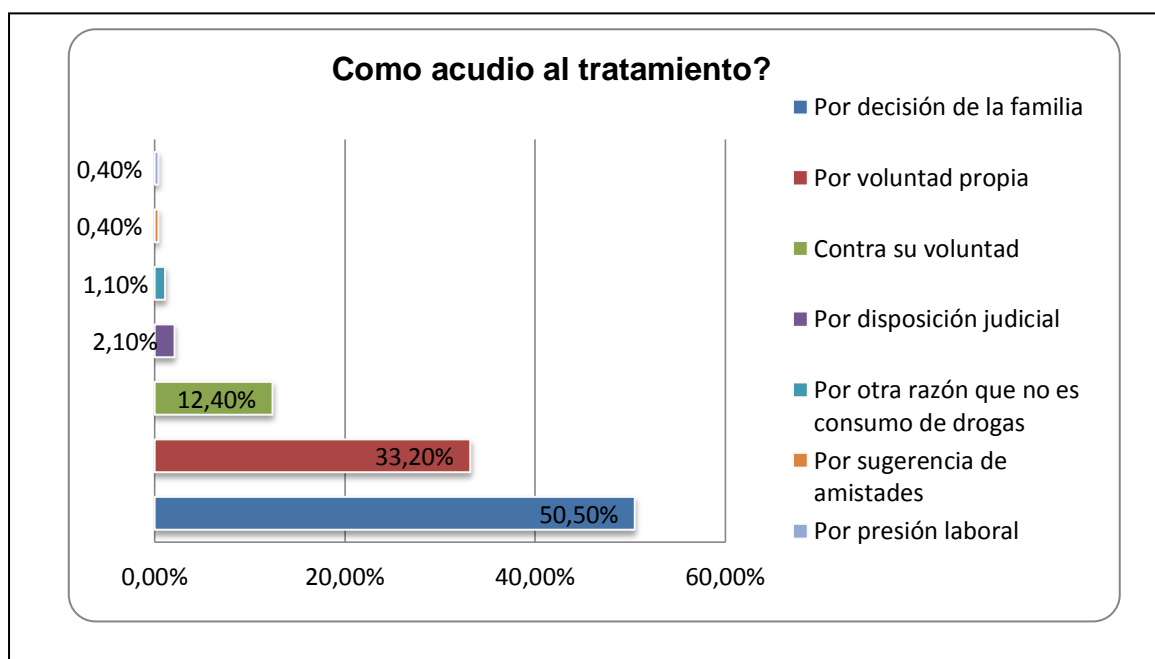
Podemos concluir entonces destacando que en el Ecuador existen penas desproporcionadas en si mismo y afectan a los más pobres, a los consumidores que pagan el precio en las cárceles.

Paladines (2013) acota señalando que "el problema entonces del consumo de drogas no se soluciona en las cárceles, tampoco necesariamente en centros de tratamiento o rehabilitación, pues creerlo sería como mimetizar en los consumidores el desgastado rol de delincuentes para colocarles ahora en el rol de enfermos". (p.19). Es por esto que, se espera se emitan las nuevas tablas de cantidades de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, un gran desafío para los órganos de control quienes deberán establecer cuales es la diferencia entre el que consume y comercializa.

Otro de los problemas evidentes en el Ecuador es que no existen centros de rehabilitación como se ha mencionado en donde se pueda acudir sin que se vulneren derechos fundamentales al respecto el CEDD señala que “muchos usuarios de drogas en cárceles y centros de tratamiento obligatorio han denunciado haber sido sometidos a palizas, agresiones sexuales, ayuno forzado y tratos humillantes”. (p. 25).

Al respecto, Amelia Rivadeneira (2013) directora de Defensa y Justicia señaló que “existe todavía la creencia de que toda persona que consume drogas, en cualquier cantidad, requiere ser internada en un centro de rehabilitación y no es así”. (p .6).

Podemos concluir señalando con estos casos anteriores que el fin que persigue el Estado de tutelar el bien jurídico salud pública, no se ha cumplido al cien por ciento. El caso del indulto en el año 2008 se evidencio que las penas que se dictan en el Ecuador son desproporcionadas, es decir, no hay un equilibrio justo entre la pena y el delito.



**Figura 5.** Análisis de los casos por consumo que han sido sometidos a tratamiento en el Ecuador en el año 2012.

Tomado de Amelia Rivadeneira (2013, p.14), Fuente: Encuesta Nacional a pacientes en centros de recuperación. CONSEP, 2012.

a) Como se desprende del gráfico el 50,5% de las personas que acudieron al tratamiento fue por decisión de la familia y solo el 33,2% por voluntad propia, sin embargo, al no mantener un control en las clínicas por parte del Estado es difícil establecer cuáles fueron los resultados

Se han lesionado más derechos de los que el Estado protege sobretodo en el tema que compete a este trabajo como es la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

### **3.5 La aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de la pena en el delito de tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas**

Es necesario tener claro que este principio para poder ser aplicado debe cumplir con dos exigencias específicas descritas por Rojas (2014) como:

Las exigencias extrínsecas que establece a los órganos judiciales como los únicos llamados a aplicar y garantizar de forma inmediata la eficiencia de los derechos, y a su juicio queda la decisión en torno a la proporcionalidad de las medidas que van a limitar los mismos buscando proteger al bien jurídico que se estima va a ser lesionado.

Las intrínsecas por otro lado, que se encargan de analizar el contenido de la actuación estatal basadas en tres criterios que se concatenan de forma escalonada y son los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. (p. 86).

Por lo tanto, los operadores de justicia deben seguir el debido proceso que garantiza la Constitución de la República del Ecuador (2008) en el artículo 76 que señala “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso”.

Visto desde un punto de vista doctrinal el debido proceso “constituye todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal, que le aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia, que garantizan la libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho, ya que una de estas garantías es precisamente la de ser juzgado ante

un tribunal competente” Corte Nacional de Justicia en la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito dentro de la Causa No. 1031-2013-CT (2014).

En ningún caso se puede vulnerar el debido proceso porque es garantía del procesado sobre sus derechos y son los jueces los llamados a velar por que se cumplan estos mandatos.

Fuentes (2014) señala que “el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficiencia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del *ius puniendi*” (p. 19).

Por lo tanto, la aplicación del principio de proporcionalidad debe estar dada únicamente a los órganos judiciales que son los llamados a garantizar los derechos de los procesados y del bien jurídico tutelado.

Es necesario para esto, partir de los tres subprincipios, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido amplio o en sí misma, para que a su sano juicio el juez pueda establecer la sanción más equitativa, dicho en otras palabras, proporcional.

El fin que persigue el Estado a través de la idoneidad para legitimar su actuación y demostrar que es el adecuado, debe estar basado en proteger al bien jurídico tutelado.

La necesidad de imponer una pena no puede ser mayor al grado de afectación o lesión a otros derechos, es por esto que se busca minimizar la reacción violenta de la sociedad como defensa de protección ante los derechos

del procesado que pueden ser vulnerados, es por esto que, el subprincipio de necesidad buscara por lo tanto medidas alternativas que no terminen en sanción.

Al respecto, Rojas (2014) señala que “las penas privativas de la libertad deben constituir la *ultima ratio* de la política criminal” (p. 92).

En este sentido resulta interesante lo que señala Muñoz (2007) al decir que “las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que éstos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito” y que existe una infracción a este principio cuando las “penas previstas para el tráfico de drogas, en cuanto conductas tan inocuas como la tenencia de algunos pitillos de grifa o el facilitárselos a alguien pueden estar castigados hasta con veinte años de privación de libertad (p. 134).

Es aquí en donde se hace presente el subprincipio de proporcionalidad en sentido amplio, determinando que las penas que se dicten por parte de los jueces no sean más fuertes que los derechos que el Estado busca proteger. Dicho en otras palabras, para proteger a un determinado bien jurídico no es necesario lesionar otros derechos.

### **3.6 Propuesta alternativa**

Una vez que se ha finalizado el presente trabajo investigativo en torno al principio de proporcionalidad aplicado al delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, se ha encontrado que existen varias anomias y anitnomias que son necesarias resolver para encontrar el orden normativo que es irregular actualmente en torno a este delito.

### 3.6.1 CONSIDERANDO:

Que, el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador enmarca al ordenamiento jurídico nacional dentro de los lineamientos de un Estado constitucional de derecho y justicia y que es necesario realizar cambios normativos que respondan coherentemente al espíritu de la Constitución;

Que, el numeral 76 de la Constitución de la República del Ecuador en el numeral 6 establece que:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

Que, el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador, cataloga a las adicciones como un problema de salud pública y estipula que en ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulneren sus derechos constitucionales.

Que, el inciso primero del artículo 424, establece que la Constitución es la Norma Suprema del Estado y prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, esto es, no deben existir normas ni actos que se contrapongan con las disposiciones constitucionales;

Que, la disposición final del Código Orgánico Integral Penal establece que este cuerpo normativo entrara en vigencia en ciento ochenta días contados a partir de su publicación en el Registro Oficial,

Que, la disposición general décimo quinta del Código Orgánico Integral Penal dispone que la autoridad competente en materia de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, en el plazo de noventa días a partir de la publicación de este Código en el Registro Oficial, emitirá la tabla de cantidades de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización para producción o tráfico de mínima, mediana, alta y gran escala, con el fin de establecer la normativa referente a las cantidades establecidas en la Sección sobre los delitos por producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

Que, en el inciso final de la disposición décimo quinta del Código Orgánico Integral Penal establece que en los casos de tenencia para el consumo, hasta que se emita la tabla correspondiente, se aplicará la Resolución No. 001 CONSEP-CD-2013, publicada en el Segundo Suplemento No. 19 de 20 de junio de 2013”

Que, en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal y en concordancia con el artículo 364 de la Constitución se señala que la tenencia o posesión de sustancias estupefacentes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible.

### **Resuelve**

Se añade al nuevo Código Orgánico los siguientes artículos innumerados a partir del artículo 220 del mismo cuerpo normativo:

Artículo .- Del control de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.- El estado asumirá el control, la vigilancia, intervención y regularización de la tenencia de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, con el fin de proteger al bien jurídico tutelado salud pública y garantizar a los consumidores proporcionalidad entre el delito cometido y la pena.

Artículo .- De la venta de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.- La venta de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización será administrada y gestionada por el Estado a través de la entidad pública que se cree para el efecto. No podrá delegarse esta facultad al sector privado, por tratarse de un tema de salud pública. Se dispone que la política pública la dicte el Ministerio de Salud.

Artículo .- De las malas prácticas.- Serán sancionados dentro de las escalas establecidas en el artículo precedente, los funcionarios que, abusando de su poder, oferte, almacene, intermedia, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga o posea o en general efectúe tráfico ilícito, tenencia y posesión de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.



## **4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **4.1 Conclusiones**

Las políticas contra la lucha de drogas a nivel nacional e internacional en el delito de tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, se encuentran desenfocadas, ya que aun no se ha podido diferenciar entre el poseedor dichas sustancias para su consumo del que las comercializa; y, a consecuencia de esto, se ha vulnerado derechos fundamentales del consumidor al que se lo ha criminalizado aplicándole penas desproporcionadas en relación al delito cometido.

En el caso del principio de proporcionalidad aplicado a la tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, no existe un justo equilibrio entre la pena que se aplica y el delito. Como se ha analizado, no hay idoneidad en el fin que persigue el Estado de proteger a un determinado bien jurídico como la salud pública, puesto que no se ha adaptado a las necesidades actuales de la sociedad.

En el País no existen medidas alternativas que puedan ser aplicadas a los procesados por comercializar pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, con el fin de disminuir la fuerza punitiva y evitar sanciones severas, que traigan como consecuencia la lesión a otros derechos fundamentales.

Si bien es cierto, la Constitución prohíbe criminalizar a los consumidores de sustancias estupefacientes y psicotrópicas que tengan o posean cantidades mínimas previamente establecidas por el CONSEP, deja un vacío que no ha podido ser llenado, esto es, no se ha establecido cuál es el tratamiento y los parámetros que se deben seguir para evitar que los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos sean tratados, y no les proporcionan

lugares de expendio como medida oportuna por parte de los organismos de control.

Las campañas de información y prevención aún no cumplen con su objetivo, puesto que no son comprendidas ni aceptadas, lo que ha ocasionado que el tema siga siendo considerado como un tabú que puede afectar, de forma especial, a la sociedad, quienes forman un potencial contingente de futuros consumidores.

Existe una resolución que regula el manejo de los centros de rehabilitación de consumidores de fármacos, sin embargo, se ha podido evidenciar que hay maltrato físico, psicológico y sobretodo que no existe un control periódico por parte del Estado, esto es, no hay políticas públicas en el tema de salud, lo que ha traído como consecuencia la creación de varios centros clandestinos en donde se violentan los derechos de los consumidores de forma continua.

## 4.2 Recomendaciones

En cuanto a las políticas que se deben aplicar contra la lucha de drogas a nivel nacional e internacional en el delito de tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, es necesario reconocer que este es un problema de salud pública que debe ser controlado por el Estado y no criminalizado, por lo tanto, uno de los primeros pasos que se debe dar es derogar toda disposición contradictoria a la Constitución que criminalice el consumo de drogas. Como segundo punto se debe establecer una clara diferenciación entre la persona que tiene o posee para consumir al que comercializa.

En relación al principio de proporcionalidad aplicado a la tenencia y posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, se debe hacer un análisis para determinar la situación actual en torno a los consumidores, para definir con claridad, cuáles son los umbrales máximos de tenencia y evitar la lesión a derechos fundamentales del procesado así como también la lesión al bien jurídico tutelado.

En el año 2008 quedó evidenciado con el indulto que aprobó la Asamblea Constituyente de la República que las penas no guardan relación proporcional con el delito, es por esto, que se propone que se dicten medidas alternativas como la reinserción social, laboral, rehabilitación, tratamientos, entre otros, y así poder proteger al bien jurídico tutelado.

La Constitución a determinado que el consumo es un problema de salud pública, y con la aprobación del COIP y las nuevas tablas por aprobarse por parte del CONSEP, se debe ver a los consumidores sean estos ocasionales, habituales y problemáticos como sujetos de derecho, evitando su discriminación y que sean tratados como enfermos o llevados a la cárcel, ya que nuestra Norma Suprema además de garantizar el libre desarrollo de la

personalidad, penaliza cualquier forma de violencia que puedan afectar al derechos del procesado.

El Estado debe intentar mantener un control y brindar la información adecuada y oportuna a través de campañas de información y prevención que no solo estén enfocadas en la abstinencia para evitar el consumo de drogas, que puede ocasionar un vacío, o discriminar a los consumidores que no conocen sobre el daño que representa mezclar ciertas sustancias, o excederse en una dosis, dicho en otras palabras, el objetivo de estas campañas debe ser crear una conciencia de los daños que representa el usar drogas para mitigar los riesgos de su uso.

Con referencia al manejo de los centros de rehabilitación de consumidores de fármacos, el Estado deberá implementar un control continuo, tanto para centros privados como públicos, así como también, protocolos para las personas que busque rehabilitación y evitar de esta manera que se lesionen derechos fundamentales hacia los consumidores que han sufrido continuas agresiones en centros clandestinos por considerarse a la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas como un tema religioso, moral, psicológico o de enfermedad.

## REFERENCIAS

- Acuerdo Ministerial 55. Instructivo para facilitar la aplicación y cumplimiento de la resolución para el indulto de las personas sentenciadas por pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.* Quito – Ecuador Publicado en el Registro Oficial 388 de 24 de julio de 2014.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia y Cargraphics.
- Alexy, R. (2004). *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. En E. Garzón (Eds). *Cátedra de Ernesto Garzón Valdés*. México, D.F., México: Fontamara, S.A.
- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª ed.). España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, M. (2003). *Las razones del derecho. Teoría de argumentación jurídica*. (1ª Ed.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Ávila, R. (2008). *Constitución del 2008 en el contexto Andino, análisis de la doctrina y derecho comparado*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (1ra Ed) Quito: V&M Gráficas. Compilado por Luis Fernando Ávila Linzán, María Daniela Dávalos Muirragui, Claudia Escobar García, Juan Pablo Morales Viteri, Nicole Pérez Ruales, Carolina Silva Portero.
- Baquerizo, J. y Leuschner, E. (2011). *Sobre Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación. Notas desde la teoría y la filosofía del derecho*. (1ra. ed.). Guayaquil, Ecuador: Edilex S.A.
- Bernal, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. (3ra.ed.). Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CABANELLAS, G. (1968). *Diccionario de Derecho Usual*. (28 ed).

- Carbonell, M. (2011). *Argumentación Jurídica – El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad. (1era. ed.)* México: Editorial Porrúa.
- Carbonell, M. (2013). “Informe Mundial sobre las drogas 2013 de la (UNDOC)” Recuperado el 12 de agosto de 2013 de [http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Informe\\_Mundial\\_sobre\\_las\\_Drogas\\_2013.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Informe_Mundial_sobre_las_Drogas_2013.shtml)
- Cerutti, A (2005). *Criminología de la inocencia. (1era)* Buenos Aires- Argentina: La Rocca S.R.L.
- Código Orgánico Integral Penal, COIP (2014). Quito – Ecuador. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
- Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia (s/f) “*Drogas y democracia hacia un cambio de paradigma*” compilado por Bernardo Sorj, Llona Szabó de Carvalho, Miguel Darcy de Oliveira, Rubem César Fernandes. Recuperado el 15 de diciembre de 2013 de [http://www.drogasedemocracia.org/Arquivos/livro\\_espanhol\\_04.pdf](http://www.drogasedemocracia.org/Arquivos/livro_espanhol_04.pdf)
- Comunidad Andina: Una respuesta conjunta al problema mundial de las drogas. Editorial Nueva Estrategia Andina Anti-drogas
- Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas “CONSEP” (2012), “*Cuarta encuesta nacional sobre el uso de drogas en estudiantes de 12 a 17 años*” Elaborado por el Observatorio Nacional de Drogas. Recuperado el 8 de marzo de 2014 de [http://www.consep.gob.ec/descargas/Resumen\\_Ejecutivo\\_4ta\\_ENCUESTA\\_A\\_ESTUDIANTES\\_2012\\_2.pdf](http://www.consep.gob.ec/descargas/Resumen_Ejecutivo_4ta_ENCUESTA_A_ESTUDIANTES_2012_2.pdf)
- Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas “CONSEP” (2013), “Referente teórico de prevención - *Uso, consumo de Drogas y Prevenciones*”. Recuperado el 8 de mayo de 2014 de [http://www.consep.gob.ec/descargas/MARCO\\_TEORICO\\_08\\_Abril\\_2013.pdf](http://www.consep.gob.ec/descargas/MARCO_TEORICO_08_Abril_2013.pdf)
- Constitución de la República del Ecuador, (2008). Montecrisiti – Ecuador. Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Cuarta encuesta nacional sobre uso de drogas en estudiantes de 12 a 17 años, (2012) Resumen Ejecutivo elaborado por El Observatorio Nacional de

Drogas y Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Recuperado el 15 de febrero de 2014 de [http://www.consep.gob.ec/descargas/Resumen Ejecutivo 4ta ENCUESTA A ESTUDIANTES 2012 2.pdf](http://www.consep.gob.ec/descargas/Resumen_Ejecutivo_4ta_ENCUESTA_A_ESTUDIANTES_2012_2.pdf)

Cuarta encuesta nacional sobre uso de drogas en estudiantes de 12 a 17 años, (2013) Resumen Ejecutivo elaborado por El Observatorio Nacional de Drogas y Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas recuperado el 12 de febrero de 2014 de <http://www.consep.gob.ec/2013/08/presentacion-de-la-cuarta-encuesta-nacional-sobre-uso-de-drogas-en-estudiantes-de-12-a-17-anos-del-consep-fue-todo-un-exito/>

Diario el Hoy. *Indulto en Ecuador permitió liberación de 2 221 'mulas' del narcotráfico.* Recuperado el 8 de junio de 2014 de <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/indulto-en-ecuador-permitio-liberacion-de-2-221-mulas-del-narcotrafico-357722.html>

Díaz, M. (2013). *Los delitos de drogas en el proyecto del nuevo Código Integral Penal, Ecuador está listo para debatir el tema de drogas.* Revista Institucional de la Defensoría Pública del Ecuador Edición Nro. 4. Quito – Ecuador: Ediecuatorial.

Díez, J. (2007). *Los elementos subjetivos del delito.* (2da. ed.) Montevideo – Uruguay: B de F.LTDA.

Donna, A. (2008). *Delitos de peligro – II.* Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores

Donna, A. (2010). *Imputación, causalidad y ciencia I.* (1era ed). Fe: Rubinzal – Culzoni Editores

Donna, A. (s/f). *Precisiones sobre el principio de proporcionalidad.* Esta Obra forma parte del acervo de la Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado el 8 de junio de 2014 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2564/7.pdf>

Encuentro Internacional Drogas Usos y Prevenciones compilado por Rodrigo Vélez Valarezo Secretario Ejecutivo, CONSEP

Espinosa, C. (2010). *Teoría de las resoluciones judiciales y jurisprudenciales de casación y electoral.* Quito-Ecuador: V&M Gráficas.

- Fuentes, C. (s/f). *El principio de proporcionalidad en el derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena*. Recuperado el 5 de enero de 2014 de <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art02.pdf>
- García, A. (2010) *Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica, en El Canon Neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García (editores) Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Gonzales, M. (2008). *La peligrosidad en la tenencia de estupefacientes ara consumo personal. Bien jurídico ¿tutelado?*. En Donna, A. (2008). *Delitos de peligro – II*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores
- Hart, H. (1980). *El concepto de derecho* (2da. ed.). México: Editora Nacional S.A.
- Houde, M., Sánchez, C. y Fallas, D. (1997). *Proceso penal y derechos fundamentales*. (1ra. ed.). San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta LIL, S.A.
- Kelsen, H. (1983). *Teoría general del derecho*, (1ra e.d.).
- Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. (2004) Quito – Ecuador. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No 490 de 27 de diciembre de 2004
- Ley No. 19.172 que establece el control y la regulación por parte del Estado de la importación, exportación, plantación, cultivo, cosecha, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización, distribución y consumo de la marihuana y sus derivados, expedida por El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental de Uruguay, (2013) Publicada en el Registro Nacional de Leyes y Decretos. Recuperado el 2 de febrero de 2014 de [http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/leyes/2013/12/cons\\_min\\_803.pdf](http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/leyes/2013/12/cons_min_803.pdf)
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, (2009) Quito – Ecuador. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No 52 de 22 de octubre de 2009
- Ley Orgánica de Salud. (2006) Quito – Ecuador. Publicada en el Registro oficial Suplemento 423 de 22 de diciembre de 2006



- Lopera, G. (2010) *Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal*, en Mir Puig, S. *Constitución y principios del Derecho penal. Algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mir Puig, S. (2010) *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal*, en Mir Puig, S. *Constitución y principios del Derecho penal. Algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Naciones Unidas,(1961) *Convención Única de 1961 sobre estupefacientes*. Enmendada por el protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes.
- Naciones Unidas,(1971) *Convenio sobre sustancias sicotrópicas de 1971*.
- Naciones Unidas,(1988) *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas*.
- Nino, C. (2007). *Introducción al análisis del derecho* (2da. ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC) “Prevención del Delito y Justicia Penal” Recuperado el 5 de enero de 2014 de <http://www.unodc.org/lpo-brazil/es/crime/index.html>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC) “El Informe Mundial sobre las Drogas 2013 señala estabilidad en el uso de drogas tradicionales y un crecimiento alarmante de nuevas sustancias psicotrópicas” Recuperado el 5 de enero de 2014 de <http://www.unodc.org/lpo-brazil/es/frontpage/2013/06/26-world-drug-report-notes-stability-in-use-of-traditional-drugs-and-points-to-alarming-rise-in-new-psychoactive-substances.html>
- Oficinas de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: Informe Mundial sobre las Drogas 2012. Compilado por Yury Fedotov Director Ejecutivo Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
- Organización de los Estados Americanos “OEA”, (2013), El problema de las drogas en las Américas. Organización de los Estados

AmericanosSecretaría General. Recuperado el 12 de enero de 2013 de [http://www.pnsd.msc.es/novedades/pdf/OEAS\\_Informe.pdf](http://www.pnsd.msc.es/novedades/pdf/OEAS_Informe.pdf)

- Paladines, J (2031). *Los delitos de drogas en el proyecto del nuevo Código Integral Penal, Ecuador está listo para debatir el tema de drogas*. Revista Institucional de la Defensoría Pública del Ecuador Edición Nro. 4. Quito – Ecuador: Ediecuatorial.
- Paladines, J y Morales, J. (2009). *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas. En serie justicia y derechos humanos neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito – Ecuador: V&M Gráficas.
- Paladines, J. (2013) *Ni enfermos ni delincuentes. Acerca de los umbrales para el uso de drogas ilícitas*. En Defensa y Justicia Revista Institucional de la Defensoría Pública del Ecuador, No. 4
- Paladines, J. (2014). *La respuesta sanitaria frente al uso ilícito de drogas en Ecuador*. En Colectivo de Estudios de Drogas y Derechos. *En busca de los derechos: Usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina*. Impreso en México.
- Perez, A. (2008). *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. (7ma e.d). Madrid: Tecnos.
- Resolución 001-CONSEP-CO-2013, (2013), Quito – Ecuador. Publicada en el Registro oficial Suplemento 19 de 20 de junio de 2013.
- Resolución del CONSEP 28, (1998), Centros de Rehabilitación de consumidores de fármacos Quito – Ecuador. Publicado en el Registro oficial Suplemento 331 de 3 de junio de 1998.
- Resolución para el indulto de las personas que transportan pequeñas cantidades de sustancias psicotrópicas y estupefacientes (2008). Expedida por la Asamblea Nacional. Montecristi – Ecuador. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 378 de 10 de julio de 2008.
- Rojas, Y, (s/f). *La proporcionalidad en las penas*. Recuperado el 12 de enero de 2014 de <http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Docu>

[mentos/lter%20Criminis%20Numero\\_3/la%20proporcionalidad%20en%20las%20penas.pdf](#)

Sentencia Corte Nacional de Justicia en la Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito dentro de la Causa No. 1031-2013-CT (2014). Resolución 570-2014

Un informe del Centro Internacional para la Ciencia en Políticas sobre Drogas: Herramientas para el debate: Información del gobierno federal de los EEUU sobre la prohibición del cannabis. Compilado por Evan Wood, MD, PhD; Dan Werb, MSc; Benedikt Fischer, PhD; Carl Hart, PhD; Alex Wodak, MD; Francisco Inacio Bastos, MD, PhD; Julio Montaner, MD; Thomas Kerr, PhD

Vance, C. en Revista institucional de la Defensoría Pública del Ecuador (2013). *Ecuador está listo para debatir el tema de drogas*. (4ta. ed.). Quito, Ecuador: Edicuatorial.

Villaverde, I. *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad* en Carbonell, M. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neocostitucionalismo y Sociedad (2008). (1era ed.) Quito, Ecuador: V&M Gráficas.

Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta.

Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. (2da. Ed.). Madrid: Editorial Trotta.

Zambrano, A. (2014). *Estudio introductorio al Código Orgánico Integral Penal. Referido al Libro Primero. Parte Especial*. (2da ed). Quito – Ecuador: Talleres de la Cep.

Zorrailla, M. (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. (1ra ed). Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.